

Sygn. akt: KIO 2669/12

WYROK

z dnia 18 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 grudnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Kornas Development spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Papieża Jana Pawła II 42**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Orzeszkowej 29** i **Biuro Studiów i Projektów Budownictwa Wodnego „Hydroprojekt” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 21** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2669/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego Kornas Development spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Papieża Jana Pawła II 42 i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000zł. 00 gr** (słownie dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Kornas Develompment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Województwa Zachodniopomorskiego - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Papieża Jana Pawła II 42** na rzecz **Kornas Develompment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10** kwotę **13 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+ zostało wszczęte przez Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Papieża Jana Pawła II 42 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 października 2012r. za numerem 2012-217241.

W dniu 29 listopada 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Orzeszkowej 29 i Biuro Studiów i Projektów Budownictwa Wodnego „Hydroprojekt” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 21 oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Kornas Development spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10 na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy). Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z warunkiem określonym przez zamawiającego w rozdziale III części 1 punkcie 2d SIWZ, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należało wykazać się: „Wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. pięciu przepławek dla ryb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie”. Wykonawca w załączniku nr 6a do SIWZ - wykazie wykonanych robót, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, przedstawił w podpunkcie 7 : „Budowa 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim” w postaci 6 zadań częściowych :

1. „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Mołstowa w km 12+100 w miejscowości Grąd”
2. „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Mołstowa w km 23+100 w miejscowości Rzesznikowo”
3. „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Wieprza w km 56+350 w miejscowości Gwiazdowo”
4. „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Wieprza w km 49+305 w miejscowości Pomółowo”
5. „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Parsęta w km 134+200 w miejscowości Żarnowo”
6. „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Parsęta w km 111+300 w miejscowości Dobie”.

Na potwierdzenie należytego wykonania ww. zadań Wykonawca przedstawił 6 odrębnych listów referencyjnych - oddzielnie dla każdego z zadań.

Zgodnie z przedstawionymi referencjami każde z ww. zadań realizowane było na podstawie odrębnej umowy z Inwestorem (6 zadań częściowych - 6 umów). Należy podkreślić iż postępowanie przetargowe na roboty budowlane pn.: „Budowa 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim” zostało podzielone na 6 części, a co za tym idzie sześciu odrębnych wykonawców mogło w tym przetargu złożyć najkorzystniejszą ofertę, a więc każde zadanie częściowe mogłoby być realizowane przez innego wykonawcę. Obiekty realizowane były na trzech niepowiązanych ze sobą rzekach (Parsęta i Wieprza uchodzą bezpośrednio do Morza Bałtyckiego a Mołstowa jest rzeką drugiego stopnia i uchodzi do rzeki Regi), a więc nie tworzą funkcjonalnego połączenia w postaci zespołu obiektów udrażniających pewien określony obszar (np. udroźnienie koryta rzeki Wieprzy nie ma wpływu na udroźnienie koryta rzeki Parsęty), Fakt podzielenia zamówienia na zadania częściowe, a więc umożliwienia realizacji sześciu zadań częściowych przez sześciu różnych wykonawców świadczy, według zamawiającego, o tym, iż każdy z obiektów stanowi odrębną konstrukcję, a więc nie jest również powiązany z pozostałymi konstrukcyjnie.

Nie można zatem, w ocenie zamawiającego, w związku z powyższym mówić tu zarówno o powiązaniu technologicznym (sześć obiektów odległych od siebie o kilka do kilkudziesięciu kilometrów, z możliwością realizowania ich przez różnych wykonawców) jak i funkcjonalnym tychże 6 obiektów (każda z trzech rzek posiada odrębną zlewnię, a więc funkcja obiektów nr 1 i 2 - udroźnienie koryta rzeki Mołstowej nie ma funkcjonalnie żadnego związku z funkcją obiektów nr 3 i 4 a więc udroźnieniem koryta rzeki Wieprzy, itd.).

Chociażby jedno z powyższych powiązań jest konieczne, aby tego rodzaju prace można było uznać za jedną robotę budowlaną. Przedstawione przez wykonawcę doświadczenie w zakresie wykonania sześciu zadań częściowych w trzech różnych zlewniach nie spełnia żadnego z nich, zdaniem zamawiającego. Zamawiający wskazał na orzecznictwo KIO z 28.04.2011 r. (sygn. Akt: KIO 807/11). Zamawiający podkreślił, że dodatkowo sprecyzował swoje oczekiwania i interpretację postawionego przez siebie warunku, odpowiadając w dniu 16.10.2012 na zadane do prowadzonego postępowania zapytanie. Z odpowiedzi tej jasno wynika, że Zamawiający nie przyjmie jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu doświadczenia w postaci wykonania 5 obiektów budowlanych zamiast jednego wymaganego zgodnie z SIWZ. Należy podkreślić, iż w zaistniałej sytuacji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie warunki udziału w postępowaniu byłoby nieuczciwością względem innych wykonawców, którzy w oparciu o odpowiedź zamawiającego z dnia 16.10.2012 r. odstąpili od złożenia oferty ze względu na jasną i klarowną informację zamawiającego, iż nie przyjmie za spełniające warunku udziału w

postępowaniu doświadczenia w postaci wykonania pięciu odrębnych robót budowlanych, Zamawiający powołał się na wyrok sygn. akt KIO 2668/11 z dnia 28 grudnia 2011r.). Wskazał, że w dniu 06.11.2012r. zwrócił się do wykonawcy na podstawie art. 26 ust 4 ustawy z prośbą o wyjaśnienie treści załączonego do Oferty - załącznika nr 6a - Wykaz wykonanych robót, w punkcie 7, prosząc o uzasadnienie wpisania do wykazu robót sumy zadań zrealizowanych w ramach kilku odrębnych robót jako jedną robotę mającą potwierdzić spełnienie przez warunku wiedzy i doświadczenia. W swoich wyjaśnieniach z dnia 12.11.2012r. wykonawca powoływał się na łączność funkcjonalną i czasową inwestycji pn. „Budowa 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim” oraz powoływał się na wyroki KIO. Wyjaśnienia powyższe nie zostały przez zamawiającego zaakceptowane gdyż w żadnym wypadku nie można stwierdzić, iż sześć obiektów zlokalizowanych na 3 różnych rzekach o odrębnych zlewniach, z możliwością realizowania ich przez różnych wykonawców, tworzy funkcjonalną całość.

W związku z powyższym w dniu 14.11.2012r. wykonawca został wezwany na podstawie art. 26 ust 3 ustawy do uzupełnienia wykazu wykonanych robót (wg załącznika nr 6a do SIWZ) odpowiadających warunkowi postanowionemu przez zamawiającego w rozdziale III, część I pkt A.2d SIWZ wraz z dokumentami (np. referencjami) potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, wystawionych przez podmiot bezpośrednio zlecający robotę. Wykaz robót określony w załączniku nr 6a powinien odpowiadać powyższym dokumentom (np. referencjom), ze wskazaniem, do którego rodzaju robót się odnoszą.

Na wezwanie zamawiającego w dniu 19.11.2012r. wykonawca uzupełnił wykaz wykonanych robót (wg załącznika nr 6a do SIWZ), w którym wskazał wykonanie 18 przepławek na zadaniu VD Turnov oraz działając na podstawie art. 26 ust 2b zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów z zakresu wiedzy i doświadczenia. W dniu 20.11.2012r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy na podstawie art. 26 ust 4 z prośbą o wyjaśnienia załącznika nr 6a - Wykaz wykonanych robót, w szczególności punktu 8 ww. wykazu, prosząc o uzasadnienie wpisania do wykazu robót wykonania 18 przepławek, gdyż jak wynika z przedłożonych referencji inwestycja polegała na wykonaniu 1 przepławki dla ryb z 18 żelbetowymi przegrodami a nie, jak wskazuje w tłumaczeniu wykonawca, 18 przepławkami dla ryb.

W dniu 26.11.2012r. wykonawca wyjaśnił zamawiającemu cyt.: "wobec braku możliwości weryfikacji uzyskanych od partnera dokumentów i informacji, a w konsekwencji braku możliwości jednoznacznego potwierdzenia, że roboty wykonane przez partnera wykonawcy obejmowały budowę co najmniej pięciu przepławek dla ryb, w celu uniknięcia podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, w następstwie wprowadzenia w błąd przez partnera, wykonawca wyjaśnia, iż wskazana w pkt, 8 zał. nr 6a

do oferty robotę budowlaną należy uznać za realizację jednej przepławki dla ryb w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego".

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający stwierdził, iż wykazane przez wykonawcę wiedza i doświadczenie nie spełniają warunku udziału w postępowaniu postawionego przez zamawiającego. Z tych powodów zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy uznał ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą.

W dniu 4 grudnia 2012r. odwołanie na czynność wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wniósł Kornas Development spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu – zwany dalej odwołującym. Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy :

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, wskutek nieprawidłowej interpretacji i zastosowania wymagań zawartych w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności oceny ofert;
3. dokonanie ponownej czynności oceny ofert, przy prawidłowym zastosowaniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy badaniu oferty odwołującego;
4. dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego, gdyż wobec niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, utraci on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, które uzyskałby w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy przez zamawiającego. Oferta odwołującego była bowiem najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w ocenie zamawiającego podstawą do zakwestionowania doświadczenia odwołującego i w efekcie wykluczenia z postępowania była okoliczność, iż wykonane przez odwołującego przepławki nie znajdowały się na jednej rzece i nie stanowią jednej roboty budowlanej, ponieważ zostały wykonane na podstawie odrębnych umów.

Odwołujący wskazał, że z punktu widzenia opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu okoliczność, że wskazane przepławki zostały wybudowane na różnych

rzekach pozostaje bez znaczenia. Zgodnie bowiem z brzmieniem Roz. III Cz. 1 pkt 2d siwz, wykonawca w celu wykazania się posiadaniem niezbędnego doświadczenia powinien wykonać „co najmniej jednej robotę budowlanej polegającą na budowie min. pięciu przepławek dla ryb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamawiający, nie określił żadnych wymagań, co do położenia przepławek, w szczególności, że muszą znajdować się na jednej rzece. Ocena doświadczenia odwołującego dokonana przez zamawiającego w zakresie wybudowania pięciu przepławek dokonana z uwzględnieniem dodatkowych, nieprzewidzianych w siwz wymagań odnoszących się do lokalizacji przepławek, świadczy, według odwołującego, o nieprawidłowym zastosowaniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu względem jego oferty. Odwołujący odniósł się do oceny przez zamawiającego przedstawionych przez odwołującego prac jako kilku robót budowlanych w zależności od tego, ile zawarto umów. Przedstawione przez odwołującego w wykazie robót budowlanych zamówienie, obejmowało budowę sześciu przepławek dla ryb i stanowiło jedno zamówienie podzielone na części. W myśl art. 83 ust. 2 ustawy, zamawiający może podzielić zamówienie na części, o ile przedmiot zamówienia jest podzielny. Taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu, którego przedmiotem była „Budowa 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim”. Podział zamówienia na części umożliwia ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy nie są w stanie wykonać całości zamówienia. Jednakże wykonawca dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym może, co do zasady, ubiegać się o realizację całości zamówienia, składając ofertę na wszystkie części. Podział zamówienia na części nie ma wpływu na zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Należy podkreślić, że sam zamawiający w piśmie z dn. 29 listopada 2012 r. podkreślił, że wskazane jako doświadczenie przepławki zostały zrealizowane w ramach jednego zamówienia podzielonego na części. Jak wskazał zamawiający, zamówienie to mogło otrzymać kilku wykonawców, lecz nie ma to znaczenia dla zakresu, w jakim zdobył doświadczenie odwołujący, gdyż to odwołujący zrealizował całość zamówienia.

Zdaniem odwołującego, w przypadku, gdy zamawiający podzieli zamówienie na części, a wykonawca uzyska zamówienia na więcej niż jedno zadanie, udzielając zamówienia publicznego zamawiający, może zawrzeć z wykonawcą jedną umowę na wszystkie części lub kilka umów na każde z zadań. Okoliczność ta ma jednak znaczenie jedynie techniczno-prawne i nie wpływa w żaden sposób na zakres robót, jakie ma wykonać w ramach realizacji zamówienia wykonawca. Innymi słowy, o ile realizowane roboty są ze sobą powiązane, mogą zostać uznane jako jedna „robotą budowlaną”, niezależnie od tego, jak wiele umów zostanie podpisanych.

Między obiektami wskazanymi w pkt. 7 wykazu robót budowlanych, załączonego do oferty Kornas Development, zrealizowanych w ramach postępowania „Budowa 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim ” zachodzi łączność, na co wskazuje siwz przygotowany dla tego postępowania. Dodatkowo prace te zostały wykonane w jednym terminie. Podkreślił, że takie stanowisko znajduje oparcie w świetle obowiązujących aktualnie przepisów, m. in. wobec treści § 1 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dn. 30 grudnia 2009 r., z którego wynika możliwość żądania przez zamawiającego wykazu wykonanych robót budowlanych, a nie zawartych umów. Możliwość posłużenia się w celu wykazania posiadania doświadczenia zsumowanym doświadczeniem wynikającym z kilku umów, o ile dotyczą jednej inwestycji znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku z dn. 30 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1752/11), w wyroku z dn. 2 grudnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2490/11), w wyroku z dn. 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 807/1 1). W ocenie odwołującego wskazane w pkt. 7 wykazu robót budowlanych, załączonego do oferty Kornas Development, obiekty były powiązane, a ich realizacja miała miejsce w tym samym czasookresie, co pozwala na uznanie ich za jedną robotę budowlaną i potwierdza, że wykonawca potrafi wykonać prace o wymaganym przez zamawiającego stopniu złożoności. Przyjęcie zaproponowanego przez zamawiającego toku rozumowania przy ocenie „robót budowlanych” prowadzi do wniosku, że o zakresie rzeczowym prac decyduje ilość czynności prawnych stanowiących podstawę wykonania zamówienia. W konsekwencji należało by dojść do absurdalnego wniosku, że wykonawcy, z których każdy wykonał dokładnie te same czynności, mają różne doświadczenie w zależności od tego, czy zrealizowali je w oparciu o jedną umowę, czy o więcej umów. W odpowiedziach z dn. 16 października 2012 r. Zamawiający wskazał, że nie jest możliwe wykazanie spełniania warunku dotyczącego przepławek poprzez doświadczenie wynikające z kilku umów, gdyż nie pozwala to na wykazanie zdolności wykonania złożonych w tym samym czasie w różnych miejscach. Jednakże prace wykazane przez odwołującego stanowiły realizację jednego zamówienia podzielonego na części i były wykonane w jednym czasie, co pozwala potwierdzić spełnianie warunku zgodnie z treścią wyjaśnień zamawiającego. Co więcej, z punktu widzenia organizacji robót jest rzeczą łatwiejszą wykonanie w jednym czasie budowli na jednej rzece, niż na trzech różnych rzekach, łatwiej bowiem zorganizować prace, gdy obiekty znajdują się w bezpośredniej bliskości.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 listopada 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza odwołującego tj. Kornas Development sp. z o.o. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS

komplementariusza. Zgodnie z odpisem z KRS odwołującego reprezentować go może komplementariusz. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 grudnia 2012r. faksem.

W dniu grudnia 2012r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 7 grudnia 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Orzeszkowej 29 i Biuro Studiów i Projektów Budownictwa Wodnego „Hydroprojekt” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 21. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana i nie jest w jego interesie unieważnienie czynności zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podniósł, że stanowisko odwołującego nie zostało udowodnione i stanowi jedynie polemikę z argumentacją zamawiającego.

Ponadto odwołujący spóźnił się z dokonaniem czynności, gdyż otrzymując na swoje pytanie odpowiedź zamawiającego z dnia 16.10.2012 r., że nie przyjmie za spełniające warunki udziału w postępowaniu doświadczenia w postaci wykonania pięciu odrębnych robót budowlanych, winien w trybie powołanego przepisu złożyć odwołanie od opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący, zdaniem przystępującego, miał bowiem wystarczającą wiedzę o treści dokumentów dokumentujących jego doświadczenie i tym samym to w tamtym momencie winien zaskarżać czynność zamawiającego, który - stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 2 pzp - określa uprawnienia wymagane do jego wykonania, a także jaki poziom wiedzy i doświadczenia wykonawcy pozwala na uznanie go za wiarygodnego partnera do współpracy. Odwołujący się nie zakwestionował czynności zamawiającego na etapie ogłoszenia przetargu na wykonanie zamówienia publicznego i treści SIWZ, poprzez złożenie odwołania w trybie art. 185 ust. 1 pkt. 2 pzp i stąd, zdaniem uczestnika, utracił możliwość skutecznego domagania się w niniejszym postępowaniu odwoławczym unieważnienia czynności zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności oceny ofert. Zdaniem zgłaszającego odwołujący nie może pomijać procedur przewidzianych w ustawie, gdy w wyniku niezaskarżonych przez siebie uprzednich czynności zamawiającego został następnie wykluczony z postępowania. Takie właśnie stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt I A Ca 250/11.

Zasadnie więc zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 29.11.2012 r. podnosił, że „w zaistniałej sytuacji wybór oferty firmy Kornas jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie warunki udziału w postępowaniu byłby nieuczciwością względem innych Wykonawców, którzy w oparciu o odpowiedź Zamawiającego z dnia 16.10.2012 r. odstąpili od złożenia oferty ze względu na jasną i klarowną informację Zamawiającego, iż nie przyjmie za spełniające warunki udziału w postępowaniu doświadczenia w postaci wykonania pięciu odrębnych robót budowlanych”.

Zgłaszający wskazał, że zamawiający, konkretyzując warunek posiadania oczekiwanej przez siebie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, zwykłego w stosunkach danego rodzaju i specjalnego z uwagi na szczególne wymagania realizacji danego zamówienia - odnosi je do zamawianych przez siebie robót budowlanych, jakie będą przedmiotem umowy.

Z uwagi na fakt, że zamówienie obejmuje zarówno prace projektowe jak i wykonanie robót budowlanych w postaci przepławek dla ryb w ramach zlewni rzeki Regi - z pewnością zamawiający miał prawo żądać od wykonawcy doświadczenia w realizacji robót budowlanych składających się na całość użytkową.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego się o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania - zdaniem uczestnika -zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Naruszenie prawa materialnego może polegać na błędnym zrozumieniu treści lub znaczenia normy prawnej (błędna wykładnia) lub wadliwej subsumcji do ustalonego stanu faktycznego normy prawnej (niewłaściwe zastosowanie).

Zdaniem zgłaszającego odwołujący się nie zdołał wykazać, by zamawiający naruszył, wynikającą z art. 7 ust. 1 pzp, zasadę równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie. Jeżeli więc zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na udokumentowaną rozbieżność pomiędzy wykazanim doświadczeniem odwołującego się, a takimi samymi wobec wszystkich wykonawców, oczekiwaniami zamawiającego, to oczywiście zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp jest nietrafiony.

Niezależnie od powyższych twierdzeń, uczestnik podnosił, że argumenty odwołującego się o spełnieniu przez niego warunków udziału w postępowaniu nie znajdują oparcia w

obowiązującym stanie prawnym oraz orzecznictwie. Uczestnik wskazuje także, że sam odwołujący nie miał takiego przekonania, albowiem przedstawił uzupełniająco doświadczenie innego wykonawcy, z którego następnie wycofał się oświadczając, że „wskazaną w pkt. 8 zał. Nr 6a do oferty robotę budowlaną należy uznać za realizację jednej przepławki dla ryb w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego” (bezsporne).

Odwołujący się wykonawca zażądał od zamawiającego dookreślenia, zawartego w pkt A. 2.d. SIWZ, warunku udziału wykonawców w postępowaniu i otrzymał wyczerpujące wyjaśnienie, precyzujące oczekiwania zamawiającego. Jednoznaczne stanowisko zamawiającego, iż oczekuje doświadczenia wykonawcy w postaci wykonania w ramach jednej roboty budowlanej polegającej na budowie 5 przepławk dla ryb, a nie przyjęcie pięciu odrębnych robót budowlanych. Zgłaszający uważał, że postanowione wymaganie znajduje swoje uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia. To, że powołany przez odwołującego się art. 83 ust. 2 pzp zezwala na dzielenie przedmiotu zamówienia na odrębne zadania nie powoduje, że zamawiający jest zobowiązany uznać wykonanie przez wykonawcę takich rozdrobnionych robót nawet w ramach tego samego zamówienia za spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli sam te warunki określił odmiennie. Stanowiska zamawiającego w tej kwestii odwołujący nie zaskarżył, w związku z czym należy przyjąć je za obowiązujące dla wszystkich potencjalnych wykonawców, w tym także odwołującego się. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym prokurenta lidera konsorcjum zgłaszającego weryfikowanym za pomocą certyfikatu ważnego w dacie złożenia zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 23 października 2012r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera. Zgodnie z odpisami z KRS lidera i partnera załączonymi do oferty. Zamawiający i odwołujący otrzymali kopię zgłoszenia.

W dniu 12 grudnia 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie oraz z przyczynności o odrzucenie odwołania, z przyczyn określonych w art. 192 ust. 7 ustawy. W uzasadnieniu wskazał argumentację zawartą w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Dodatkowo podniósł, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Z tego względu zamawiający wymagał jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. pięciu przepławk, gdyż wymóg ten wynikał z charakteru przewidzianych do wykonania robót, ich technologicznego i funkcjonalnego powiązania. Jego oczekiwania wynikały także z konieczności zapewnienia odpowiedniej sprawności i jakości w realizacji przedmiotu umowy. Wskazał, że zamówienie jest finansowane ze środków UE oraz Narodowego Funduszu

Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej i dla jego prawidłowej realizacji i przyznania środków finansowych konieczne jest osiągnięcie określonych rezultatów w tym poprawy bioróżnorodności i stanu ekologicznego obszarów objętych projektem tj. zapewnienia migracji organizmom żywym w całej zlewni rzeki. W związku z tym istnieje funkcjonalne powiązanie pomiędzy poszczególnymi przepławkami, a nieprawidłowa realizacja choćby jednej z nich nie pozwala osiągnąć założonych celów. W PFU wskazano na funkcjonalną zależność poszczególnych przepławek, które jako zespół obiektów udrożnić mają na całej długości zlewnię jednej rzeki. Z tego względu realizacja kilku przepławek w ramach jednej rzeki, ale w różnych miejscowościach będzie spełniać postawiony warunek, ale nie będzie go spełniać lokalizacja przepławek na różnych rzekach. Pozostawienie wykonawcom możliwości sumowania umów i składania ofert na podstawie doświadczeń z kilku zrealizowanych zupełnie odrębnie obiektów budowlanych nie zagwarantowałoby zamawiającemu, że przedsięwzięcie zostanie zrealizowane należycie, czemu dał wyraz udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w dniu 16 października 2012r. Zamawiający powołał wyrok Izby z dnia 25 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 293/09 i KIO/UZP 294/09 oraz wyrok z 1 marca 2011r. sygn. akt KIO/UZP 319/2011. Wskazał także, że odwołujący był wzywany do wyjaśnienia złożonego wykazu, a następnie do jego uzupełnienia, gdy zamawiający wyjaśnień nie uwzględnił. Na wezwanie do uzupełnienia odwołujący uzupełnił wykaz i nie kwestionował zasadności wezwania do uzupełnienia dokumentów, a poprzez złożenie nowych dokumentów sam pośrednio przyznał, że nie spełnia postawionego warunku. Co do dokumentów uzupełnionych, to sam odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przyznał, że uzupełnioną robotę budowlaną należy uznać za realizację jednej przepławki dla ryb w rozumieniu przyjętym przez zamawiającego. Wskazał, że odwołujący nie podał od jakich czynności lub zaniechań zamawiającego wnosi odwołanie i z tego względu z mocy art. 192 ust. 7 ustawy jego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 nie powinien być rozpoznany. .

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 16 października 2012r. i 18 października 2012r., oferty odwołującego, wezwania z dnia 6 listopada 2012r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy skierowanego do odwołującego, pisma odwołującego z dnia 12 listopada 2012r. wraz z załącznikami, wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 14 listopada 2012r. skierowanego do odwołującego, odpowiedzi odwołującego z dnia 19 listopada 2012r. wraz z

załącznikami, wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do odwołującego z dnia 20 listopada 2012r., odpowiedzi odwołującego z dnia 26 listopada 2012r.

W rozdziale I pkt 1 pkt. 1.3 w zakresie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje 5 działań :

1. Zaprojektowanie oraz wykonanie 23 przepławek dla ryb na rzece Redze i jej dopływach,
2. Zakup i monitorowanie 4 urządzeń do monitoringu biologicznego ichtiofauny żyjącej w dorzeczu rzeki Regi,
3. Zakup i monitorowanie urządzeń do kierowania i odstraszenia ryb na obiektach nr 2, 3, 4, 7,
4. Zaprojektowanie i wykonanie koła wodnego oraz zaprojektowanie i wybudowanie budynku stanowiącego docelowo Centrum Informacji Przyrodniczej – Park Miejski w Gryficach,
5. Wykonanie sztucznych tarlisk o powierzchni ca 12 125m².

Zamawiający wskazał, że zamówienie podzielone jest na dwa etapy realizacji, w I etapie należy zaprojektować i wybudować 11 przepławek, a w drugim 12. W pkt.1.4. – opisie zadań objętych zamówieniem, zamawiający wskazał, że wybór rozwiązania powinien być uzależniony zarówno od aspektów hydraulicznych, hydrologicznych, środowiskowych jak i administracyjnych. Należy zaprojektować i wykonać przepławki zgodnie z podstawowymi wytycznymi do prawidłowego projektowania i należytego wykonania przepławek – konstrukcja przepławki powinna umożliwiać migrację łososiowi atlantyckiemu jak również innym gatunkom dwuśrodowiskowym (z pominięciem jesiotra). Projekt wykonania przepławek powinien przewidywać wykorzystanie materiałów naturalnych i przyjaznych środowiskowi naturalnemu w jak największym możliwym zakresie. Zakupione i zamontowane urządzenia winny spełniać wszystkie wymienione w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (załącznik nr 3 do siwz) parametry oraz zostać zamontowane w sposób zabezpieczający przed kradzieżą i dewastacją. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia wraz z wytycznymi, celami jakim dane obiekty mają służyć oraz opisem stanu istniejącego zostały zawarte w załączniku nr 3 do siwz – Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Analogiczne postanowienia zawarto w sekcji II.1.3 ogłoszenia o zamówieniu.

W rozdziale III części I lit. A pkt. 2 d siwz zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykazania się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. 5 przepławek dla ryb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Zamawiający podał także definicję pojęcia przepławka dla ryb- budowie hydrotechniczne

umożliwiający organizmom żywym pokonanie przeszkód zlokalizowanych w korytach cieków wodnych, takich jak budowle piętrzące, umożliwiając tym samym migrację organizmów wodnych w górę rzeki. Konstrukcja przepławki w postaci budowli żelbetowych, bystrotoków kamiennych i kamienno-drewnianych. Analogiczne postanowienia zawarto w sekcji III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu.

W rozdziale III części I lit. B pkt. 2 lit. a siwz zamawiający wymagał, aby w celu wykazania wiedzy i doświadczenia wykonawcy przedłożyli wykaz robót (Załącznik nr 6a do siwz) potwierdzający spełnianie warunku określonego w rozdziale III, części I, pkt A.2a, 2b, 2d wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów (np. referencji) potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu bezpośrednio zlecającego roboty budowlane. Analogiczne postanowienia zawarto w sekcji III.4.1. ogłoszenia o zamówieniu.

W dniu 16 października 2012r. zamawiający wyjaśnił treść siwz odpowiadając na pytanie - czy zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie rozdziału III, części I, pkt. A ppkt. 2d siwz, jeżeli wykonawca wykaże się realizacją pięciu przepławek dla ryb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w pięciu odrębnych robotach budowlanych?, zamawiający odpowiedział, że nie uzna wskazanego doświadczenia (realizacja przepławek dla ryb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w pięciu odrębnych robotach budowlanych) jako spełniającego warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie rozdziału III, części I, pkt A ppkt 2d siwz. Przedmiotowe przedsięwzięcie wiąże się z koniecznością wykonania prac na kilku obiektach jednocześnie, z jednakowym terminem końcowym na wykonanie jedenastu obiektów w etapie I i dwunastu obiektów w etapie II. W związku z powyższym zamawiający oczekiwał, że oferent wykaże się posiadaną wiedzą i doświadczeniem przy realizacji tak rozbudowanych ilościowo i skumulowanych w jednym czasie prac o tak specyficznej charakterystyce wykonania, jaką posiadają przepławki dla ryb.

W dniu 18 października 2012r. zamawiający wyjaśnił treść siwz odpowiadając na pytanie – czy zamawiający uzna za spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie rozdziału III, części I, pkt. A ppkt. 2c i 2d siwz, jeżeli wykonawca wykaże się jedną referencją z której wynikać będzie, iż zrealizował w systemie zaprojektuj i wybuduj sześć przepławek. Co za tym idzie na podstawie jednej i tej samej referencji jesteśmy w stanie wykazać wykonanie sześciu prac projektowych o łącznej wartości powyżej 600 000, 00zł. brutto i jednocześnie wykazanie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie sześciu przepławek dla ryb, zamawiający odpowiedział, że uzna spełnienie warunku posiadania

wiedzy i doświadczenia w zakresie rozdziału III części I pkt. A ppkt. 2c i 2d siwz w sytuacji opisanej w pytaniu, tj. jeśli wykonawca wykaże się jedną referencją, która potwierdzi wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu sześciu przepławek dla ryb, jeżeli wartość prac projektowych wyniesie co najmniej 600 000,00zł. brutto.

W ofercie odwołującego na str. 31 – 31A znajduje się załącznik nr 6b do siwz – wykaz wykonanych prac projektowych, w którym wskazano 6 prac, przy czym prace wskazane w pozycjach 2-6 obejmują wyłącznie opracowanie dokumentacji projektowej dla wskazanych w tych pozycjach zadań, natomiast pozycja 1 – modernizacja (przebudowa) toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieliński) – etap II, strona wschodnia i zachodnia, przy czym z przedłożonych na potwierdzenie należytego wykonania referencji na str. 34-35, 36, 37 wynika jedynie wykonanie prac projektowych.

Na str. 32 – 33 oferty odwołującego znajduje się załącznik nr 6a do siwz – wykaz wykonanych robót, gdzie wskazano 7 pozycji, przy czym pozycje 2-6 dotyczą urządzeń hydrotechnicznych, natomiast pozycja 1 dotyczy realizacji przedsięwzięcia pn. „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny Parsęty poniżej m. Osówko w tym Kołobrzegu, Karlina i Białogardu” Zadanie pn. „Remont brzegowych umocnień liniowych i przyczółków oraz odbudowa koryta rzeki Parsęty w km 2 +120 – 2 + 720 jako element zabezpieczenia przeciwpowodziowego miasta Kołobrzeg” – na potwierdzenie wykonania przedłożono referencję na str. 49 z dnia 18 września 2012r. Treść referencji nie wskazuje rodzajów obiektów hydrotechnicznych realizowanych w ramach tego zadania.

W poz. 7 wskazano „Budowa przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem urządzeń do monitoringu w niżej wymienionych zadaniach częściowych:

Zadanie częściowe nr I – „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Mołstowa w km 12+100 w miejscowości Grąd”

Zadanie częściowe nr II - „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Mołstowa w km 23+100 w miejscowości Rzesznikowo”

Zadanie częściowe nr III – „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Wieprza w km 56+350 w miejscowości Gwiazdowo”,

Zadanie częściowe nr IV – „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Wieprza w km 49+305 w miejscowości Pomółowo”.

Zadanie częściowe nr V - „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Parsęta w km 134+200 w miejscowości Żarnowo”

Zadanie częściowe nr VI - „Budowa przepławki dla ryb. Rzeka Parsęta w km 111+300 w miejscowości Doble”.

Na potwierdzenie wykonania robót w poz. 7 przedłożono 6 referencji wszystkie z dnia 23 października 2012r., w których wskazano nazwę zadania odpowiadającą wskazanym w pozycji 7 zadaniom częściowym, numery umów (zawarto umowy o numerach NP/II/333/85-I/2010, NP/II/333/85-II/2010, NP/II/333/85-III/2010, NP/II/333/85-IV/2010, NP/II/333/85-V/2010, NP/II/333/85-VI/2010), wszystkie umowy były zrealizowane w okresie od 15 listopada 2010r. do 15 czerwca 2012r.

W wezwaniu z dnia 6 listopada 2012r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pkt. 7 załącznika nr 6a do siwz tj. wezwał do uzasadnienia wpisania do wykazu robót sumy zadań zrealizowanych w ramach kilku odrębnych robót jako jedną robotę mającą potwierdzić spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Z referencji wynika legitymowanie się przez odwołującego wykonaniem 6 różnych robót polegających na wykonaniu 1 przepławki, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, natomiast warunek postawiony przez zamawiającego w rozdziale III części I sekcji A pkt 2d nakłada obowiązek wykazania się przez wykonawcę wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. pięciu przepławek dla ryb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Zamawiający zauważył, że zgodnie z powszechną praktyką interpretacyjną oraz ugruntowanym orzecznictwem Izby nieuprawnione jest sumowanie wartości usług czy też robót realizowanych w ramach różnych umów.

W dniu 12 listopada 2012r. odwołujący wyjaśnił, że w poz. 7 wykazał sześć obiektów wybudowanych w ramach realizacji jednego zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Budowa 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w województwie Zachodniopomorskim”. Wskazał, że zamówienie to było udzielane w częściach w celu zwiększenia dostępności do zamówienia. Wykonawca mający odpowiedni potencjał mógł także złożyć ofertę na wszystkie części, a zamawiający mógł podpisać jedną umowę na wszystkie części lub kilka umów na każdą z części. Sposób podpisania umów nie ma znaczenia dla oceny zakresu robót, a o ile roboty są ze sobą powiązane funkcjonalnie i czasowo mogą zostać uznane za „jedną robotę budowlaną” niezależnie od tego jak wiele umów zostanie podpisanych. W ocenie odwołującego do obiektów wskazanych w poz. 7 wykazu taka relacja zachodzi, o czym świadczy siwz oraz opracowanie zamawiającego „Efekty rzeczowo-finansowe osiągnięte w latach 2008 – 2012 w ramach realizowanych przez ZZMiUW inwestycji”. Wskazał, że ilość czynności prawnych nie ma znaczenia, bo nie może być tak żeby wykonawca, który realizuje określone czynności raz w ramach jednej umowy miał doświadczenie, a realizując te same czynności w ramach kilku umów doświadczenia nie miał. W ocenie odwołującego świadczy o tym, także to, że ustawodawca posłużył się pojęciem roboty budowlanej, a nie umowy. Odwołujący swoje stanowisko poparł wyrokami Izby : z dnia 30 sierpnia 2011r. sygn. akt KIO 1752/11, z 2 grudnia 2012r. sygn. akt KIO

2490/11 i 28 kwietnia 2011r. sygn. akt KIO 807/11. Wskazał, że podane w pozycji 7 wykazu robót obiekty były powiązane funkcjonalnie, a ich realizacja miała miejsce w tym samym czasookresie, co w ocenie odwołującego pozwala na ich uznanie za jedną robotę budowlaną. Załączył specyfikację istotnych warunków zamówienia dotyczącą „Budowy niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż doliny rzeki Regi i jej dopływów” – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+, oraz „Efekty rzeczowo-finansowe osiągnięte w latach 2008-2012 w ramach realizowanych przez ZZMiUW inwestycji”, w którym na str. 19 – 20 wskazano program operacyjny „Zrównoważony rozwój sektora rybołówstwa i nadbrzeżnych obszarów rybackich, które to inwestycje mają na celu zapewnienie ciągłości biologicznej rzek :

- Wieprzy, Parsęty i Mołstowej poprzez budowę 6 przepławek dla ryb – inwestycja zostanie zakończona w czerwcu br. – wartość zadania 10 mln PLN,
- zlewni rzeki Iny – budowa 28 przepławek – inwestycja zakończona zostanie w 2016 roku,
- zlewni rzeki Regi – budowa 21 przepławek – inwestycja zostanie zakończona w 2017 roku.

Odwołujący załączył także wyjaśnienia zamawiającego do siwz z dnia 16 października 2012r.

W dniu 14 listopada 2012r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych robót (wg załącznika nr 6a do siwz) odpowiadających warunkowi postawionemu przez zamawiającego w rozdziale III części I, pkt A.2d wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

W dniu 19 listopada 2012r. odwołujący złożył odpowiedź na wezwanie, w której stwierdził, że składa dodatkowe spełnienie warunku zgodnie z rozdziałem III, część I, sekcja A pkt 2d siwz uzupełniając wykaz o nową robotę, wraz z referencją, przedkładając zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia dla tego podmiotu. W nowym wykazie powtórzono wszystkie 7 pozycji pierwotnego wykazu i dodano poz. 8 – budowa przepławek dla ryb w zadaniu VD Turnov (18 sztuk). Do wykazu załączono referencję z dnia 19 marca 2012r. w języku czeskim bez tłumaczenia oraz referencję z 9 listopada 2012r. z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, że „Idzie o kanałowe przejście dla ryb, w którym jest wybudowanych 18 żelbetonowych przepławek ze szczelinami, które zostały wybudowane na prawej stronie jazu, w przestrzeni między komorami sterującymi zamknięcia workowe i prawym brzegiem”.

W dniu 20 listopada 2012r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy o wyjaśnienie uzasadnienia wpisania do wykazu robót wykonania 18

przeplawek w zadaniu VD Turnov, gdyż z przedłożonych referencji wynika, że odwołujący legitymuje się wykonaniem 1 przeplawki dla ryb (rybi prehod) z 18 żelbetowymi przegrodami, a nie 18 przeplawek dla ryb. Świadczy o tym także opis referencji na stronie wykonawcy Navimor Invest, a także dane techniczne inwestycji podane w referencji.

W dniu 26 listopada 2012r. odwołujący wyjaśnił, że badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy dokonywać na podstawie dokumentów załączonych do oferty i tych, które wynikają z art. 25 ust. 1 ustawy, niedopuszczalne jest natomiast dokonywanie oceny na podstawie informacji zamieszczanych na stronach internetowych. Jednakże z ostrożności odwołujący oświadczył, że nie był podmiotem, który bezpośrednio realizował roboty budowlane wskazane w poz. 8 wykazu. Opis w wykazie został sporządzony na podstawie informacji uzyskanych od partnera udostępniającego zasoby, w referencji zawarty jest dokładny opis inwestycji i z opisu można wywieść pełny obraz tego co było przedmiotem robót. W ocenie odwołującego nie może być mowy o podaniu nieprawdziwych informacji, a raczej o różnicach pojęciowych, to co wystawca referencji rozumie jako przejście dla ryb, zamawiający uznaje za przeplawkę, a to co wystawca za przeplawkę, zamawiający jako przegrodę. Wskazał, że nie miał zamiaru świadomego wprowadzenia zamawiającego w błąd i dopiero pytanie zamawiającego spowodowało powzięcie wątpliwości u odwołującego, nie miał jednak możliwości zweryfikować informacji u partnera. W tej sytuacji wskazał, że wskazaną w pkt 8 załącznika nr 6a robotę należy uznać za realizację jednej przeplawki dla ryb w rozumieniu przyjętym przez zamawiającego i odwołujący oświadczył, że uchyła się od oświadczenia w przedmiocie opisu zakresu robót budowlanych wykonanych na rzecz VD Turnov wskazanych w pkt 8 załącznika nr 6a do oferty, jako złożonego pod wpływem błędu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie spełnia przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 7. Przepis ten stanowi dyrektywę wiążącą Krajową Izbę Odwoławczą, co do granic zaskarżenia, nie jest natomiast dyrektywą zezwalającą Izbie na odrzucenie odwołania.

Przepisy uprawniające Izbę do odrzucenia odwołania zostały zawarte w enumeratywnym katalogu art. 189 ust.2 w ramach którego Izbie nie przysługuje uprawnienie do odrzucenia odwołania z powodu nie podania wszystkich okoliczności faktycznych, mających związek z

czynnościami zamawiającego podjętymi w postępowaniu, które stały się podstawą wniesionego odwołania.

Izba zwraca uwagę zamawiającego na fakt, iż odwołujący wskazał czynność zamawiającego, na którą wnosi odwołanie tj. czynność odrzucenia jego oferty i wykluczenia go z postępowania, a zatem czynność określoną w art. 180 ust. 2 pkt.3 i 4 ustawy i to tej czynności odwołujący zarzucił niezgodności z przepisami ustawy art. 7 ust. 1 i 24 ust. 2 pkt.4 ustawy.

Ustawodawca w art. 180 ust.3 wskazał, że wykonawca ma w odwołaniu podać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienia odwołania. W ocenie Izby dyrektywa tego przepisu nie nakazuje wykonawcy wskazać wszystkich czynności faktycznych i prawnych podjętych przez strony w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jedynie te, które wskazują na zasadność wniesionego odwołania.

Tym samym wykonawca wnoszący odwołanie ma prawo i obowiązek powoływać te okoliczności, które przemawiają za uwzględnieniem odwołania i zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy powoływać na te okoliczności dowody, natomiast Zamawiający ma prawo obrony w tym zakresie, może przywoływać wszelkie okoliczności faktyczne i prawne, które przeczą tezom odwołującego oraz dowody na ich poparcie. Nie zmienia to jednak granic rozpoznania odwołania, które wyznaczają podniesione zarzuty.

Tym samym argumentacja zamawiającego przedstawiona na posiedzeniu może służyć obaleniu twierdzeń odwołującego przy merytorycznym rozpoznaniu odwołania, ale nie stanowi przesłanki dla odrzucenia odwołania na którejkolwiek z podstawy wymienionych w art. 189 ust.2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę korzystniejszą cenowo niż wykonawca wybrany przy jedynym kryterium cenowym oceny ofert. Tym samym gdyby nie został wykluczony z postępowania, jego oferta byłaby oferta najkorzystniejszą, a on uzyskałby zamówienie publiczne. Może także ponieść szkodę w związku z czynnością wykluczenia go z postępowania w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, wskutek nieprawidłowej interpretacji i zastosowania wymagań zawartych w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowym stanie faktycznym sporne pomiędzy stronami jest rozumienie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w

postępowaniu wskazanego w rozdziale III części I sekcji A pkt 2d siwz oraz to czy odwołujący uznał interpretację treści tych postanowień umownych w wyniku złożenia nowego wykazu wykonanych robót.

Bezsporne jest, że zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie min. 5 przepławek dla ryb, bezsporne jest także to, że w wyjaśnieniach do siwz z dnia 16 października 2012r. stwierdził, że uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu jeśli wykaże się realizacją pięciu przepławek dla ryb w pięciu odrębnych robotach budowlanych.

Sporne jest natomiast to co strony rozumiały pod pojęciem robota budowlana.

Zamawiający uważał, że pod tym pojęciem kryje się jedna umowa, jak również budowa jednego obiektu budowlanego – tak należy to wywodzić z wezwania do wyjaśnień z dnia 6 listopada 2012r., gdzie zamawiający utożsamia fakt zawarcia sześciu różnych umów z sześcioma robotami budowlanymi, i z informacji o wyniku postępowania, gdzie zamawiający wskazuje, że przedmiotem zawartych umów były zadania częściowe, które mogły być wykonane przez sześciu różnych wykonawców i każdy z obiektów stanowi odrębną konstrukcję, a więc nie jest również powiązany z pozostałymi konstrukcyjnie.

Odwołujący natomiast utożsamiał pojęcie robota budowlana z pojęciem zamówienia publicznego, o czym świadczy fakt powoływania się w odpowiedzi z dnia 12 listopada 2012r. na wezwanie zamawiającego na fakt realizacji zadań wykazanych w poz. 7 jako efektu uzyskania sześciu części tego samego zamówienia. Analogiczne stanowisko odwołujący zajął także w odwołaniu.

Rozbieżności w interpretacji postawionego warunku nie da się usunąć poprzez wykładnię literalną warunku, czy odwołanie się do definicji ustawy Prawo zamówień publicznych, ani do postanowień siwz. Pojęcie robota budowlana jest potocznie używane na określenie umowy o roboty budowlane, które mogą oznaczać realizację jednego lub więcej obiektów budowlanych w ramach danej inwestycji, robota budowlana na gruncie ustawy prawo budowlane to budowa, przebudowa, nadbudowa, remont obiektu budowlanego, zaś robota budowlana na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych to przedmiot zamówienia (umowy odpłatnej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą) na roboty budowlane. Tym samym tego co może być robotą budowlaną bez jednoznacznego określenia pojęcia przez zamawiającego w siwz nie można przesądzić. Nadto sam zamawiający nie wyjaśnił tego pojęcia przy okazji wyjaśnień z dnia 16 października 2012r., bo w odpowiedzi na zadane pytanie posłużył się pojęciem odrębnych robót budowlanych i pojęciem wykonywania prac na kilku obiektach, jako wchodzących w skład zamówienia. Z kolei w odpowiedzi na pytanie z dnia 18 października 2012r. wynika, że zamawiający odnosząc się do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków opisanego w rozdziale III części I sekcji A pkt 2 c i

2d siwz odwołał się do pojęcia zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu sześciu przepławek dla ryb, jeżeli wartość prac projektowych wyniesie co najmniej 600 000,00zł. Tym samym brak jest konsekwencji zamawiającego w stosowanym przez niego nazewnictwie pojęciowym w ramach opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołanie się do dyrektywy interpretacyjnej z art. 22 ust. 4 ustawy, do której odnosił się w odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie daje także możliwości doprecyzowania pojęcia roboty budowlanej, którą posłużył się zamawiający przy określeniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w pkt 2d siwz. Z normy tej można wywieść jedynie dwie dyrektywy interpretacyjne tj.:

- związanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia – co nie jest kwestionowane przez żadną ze stron postępowania,

- proporcjonalność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia – i na tym tle trwa spór pomiędzy stronami, co do tego czy wykonanie przepławek w ramach odrębnych umów ale w ramach jednego zamówienia publicznego może być uznane za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, którym jest m. in. wykonanie 23 przepławek na jednej rzece.

Niewątpliwie w zakresie kognicji Izby mieści się badanie czy zamawiający prawidłowo dokonał działań przez siebie czynności, a więc czy prawidłowo zbadał i ocenił wykonawców w świetle skonstruowanego przez siebie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowania. Do kognicji Izby nie należy natomiast dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu za zamawiającego. Izba działając zatem z zakresie swojej kognicji, stwierdza, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego stanowi tak jak podnosił to zamawiający na rozprawie jedną funkcjonalną całość polegającą na wykonaniu prac projektowych, wykonaniu 23 przepławek, zakupie i monitorowaniu urządzeń do monitoringu biologicznego, urządzeń do kierowania i odstraszenia ryb, zaprojektowanie i wykonanie koła wodnego oraz budynku stanowiącego Centrum Informacji Przyrodniczej, wykonanie sztucznych tarlisk. Niewątpliwie dopiero wykonanie wszystkich tych elementów pozwoli zamawiającemu na osiągnięcie zamierzonych celów i funkcjonalności inwestycji. Nie mniej jednak zamawiający, wbrew stanowisku wyrażonemu na rozprawie, nie wymagał wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji podobnych celów i funkcjonalności, co więcej za proporcjonalne uznał wykonanie roboty budowlanej lub robót budowlanych wodno-melioracyjnej lub z zakresu budownictwa wodnego, czy też wykonanie roboty budowlanej z zakresu budowli kubaturowych, czy prac projektowych w zakresie budownictwa wodno-melioracyjnego lub z zakresu budownictwa wodnego czy wreszcie roboty budowlanej polegającej na budowie przepławek. Tym samym zamawiający określił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu za pomocą różnych doświadczeń nabywanych przez wykonawców nawet w celach i funkcjonalnościach innych niż założone na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne, a także ułożył te proporcje w ramach pojedynczych opisów na poziomie niskim w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie powoduje to jednak nieproporcjonalności przedmiotu zamówienia, ale świadczy o tym, że cel i funkcjonalność przedmiotu zamówienia nie stanowiły dla zamawiającego wyznacznika dla oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przy konstruowaniu opisów sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Jak wynika z pisma „Efekty rzeczowo-finansowe osiągnięte w latach 2008-2012 w ramach realizowanych przez ZZMiUW inwestycji.” przedmiotowe zamówienie jest jedynym zamówieniem w Polsce dotychczas prowadzonym, stąd może zamawiający brał pod uwagę ten fakt przy konstruowaniu warunków. W ocenie Izby zatem twierdzenia o tym, że przepławki wykazywane w ramach doświadczenia musiały tworzyć całość funkcjonalną i być ze sobą powiązane, gdyż celem postępowania jest zawarcie umowy realizującej funkcjonalność korytarza ekologicznego rzeki Regi i jej dopływów, nie znajduje odzwierciedlenia w skonstruowanych opisach sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odpisanych w rozdziale III części I sekcji A pkt 2 a-d siwz.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zawarty przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikający z rozdziału III części I sekcji A pkt 2d nie był jednoznaczny i nie wynikało z niego, że zamawiający utożsamia pojęcie jednej roboty budowlanej z pojęciem jednej umowy. Izba stoi na stanowisku, że wszelkie nieścisłości w treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile nie dadzą się usunąć w drodze wykładni oświadczenia woli zamawiającego w trybie art. 65 §1 kc w związku z art. 14 ustawy, należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, działającego przecież w zaufaniu do treści siwz. Izba wskazała już na okoliczności powodujące, że bez wykładni autentycznej dokonanej przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania (a więc po otwarciu ofert) nie dało się usunąć wątpliwości związanych z interpretacją tego opisu. Izba uznała, że zwłaszcza w świetle wyjaśnień treści siwz z dnia 18 października 2012r. odwołujący mógł uznać, że zamawiający przez robotę budowlaną rozumie zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 32 ust.4 zamawiający może dopuścić składanie ofert częściowych tj. ofert przewidujących wykonanie części zamówienia, lub udzielić zamówienia w częściach. Zamawiający nie kwestionował, że wykazane w poz. 7 doświadczenie było realizowane w ramach jednego zamówienia udzielonego w sześciu częściach i wszystkie te części realizował odwołujący. W tym przypadku, w świetle niejednoznaczności siwz, Izba uważa, że odwołujący wykazał realizację jednej roboty budowlanej – jednego zamówienia publicznego

na budowę 6 przepławek na rzece Mołstowej, Wieprzy, Parsęcie w Województwie Zachodniopomorskim.

Co do twierdzeń zamawiającego, że odwołujący składając nowy wykaz w dniu 16 listopada 2012r. uznał, że zamawiający prawidłowo ocenił, iż wykazane przez niego doświadczenie w ramach pierwotnego wykazu nie spełnia wymagań zamawiającego, to Izba uznaje to stanowisko zamawiającego, za nie mające odzwierciedlenia w materiale dowodowym. Wyraźnie bowiem z treści pisma odwołującego z dnia 19 listopada 2012r. wynika, że przedstawia on dodatkowe spełnienie warunku, zaś w nowym wykazie zamieścił dotychczasową poz. 7 i rozszerzył wykaz o poz. 8. Oświadczenie o uchyleniu się od błędu złożonego oświadczenia woli zawarte w piśmie odwołującego z dnia 26 listopada 2012r. wyraźnie zostało ograniczone do poz. 8 nowego wykazu. Nie dotyczyło zaś zawartej w tym nowym wykazie poz. 7. Analogicznie oceniał to także zamawiający w informacji o wyniku postępowania, który brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu upatrywał właśnie w treści poz. 7 nowego wykazu. Z tych względów Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołania zostały uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania tj. wpisów i zastępstwa na rozprawie zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w maksymalnej kwocie zwrotu przewidzianej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą VAT .

Przewodniczący

.....