

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2014 r. przez **PROKOM Construction Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Remontowo-Budowlano-Instalatorski „BUDO-MAX” Spółka jawna R. M., P. M. w Częstochowie oraz A. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inżynierskich PROF.-INWEST A. D. w Tarnowskich Górach,**
- B. **wykonawcy Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **PROKOM Construction Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PROKOM Construction Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Katowice w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania pn. „Poprawa efektywności energetycznej poprzez kompleksową termomodernizację budynków użyteczności publicznej w mieście Katowice.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 października 2014 roku wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. w Sosnowcu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. badaniu i ocenie ofert, w zakresie badania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego,
2. odrzuceniu oferty odwołującego wobec uznania, że podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania z powodu braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o.,
3. z ostrożności także zaniechanie wezwania odwołującego do złożenie wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Powyższymi czynnościami odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu,
2. art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania,
3. z ostrożności procesowej także art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania,

4. a w ich wyniku naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych wskazanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu czynności:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. ewentualnie dokonania czynności wyczerpujących procedurę wyjaśniania treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu, na okoliczności tam przytoczone.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 17.10.2014r. otrzymał informację o dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, odrzuceniu oferty i wykluczeniu odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego podniósł, iż wykaz złożony przez odwołującego nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem odwołujący nie wykazał wykonania usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji, co najmniej dwóch zadań polegających na termomodernizacji lub budowie budynku o powierzchni minimum 1 500 m<sup>2</sup> i wartości inwestycji, co najmniej 1 000 000 zł brutto. Podstawą do podjęcia takiej decyzji była ocena uzupełnionego na żądanie zamawiającego wykazu usług, w którym odwołujący przedstawił rozszerzony wykaz usług, gdzie wskazał dodatkową usługę wykonaną na rzecz podmiotu STRABAG Sp. z o.o. obejmującą wykonanie budynku wytwórni mas bitumicznych. Zamawiający wskazał, iż zwrócił się do wystawcy referencji STRABAG Sp. z o.o. o udzielenie informacji w zakresie:

- Czy w ramach wykonania umowy któryś z budynków posiadał powierzchnię minimum 1 500 m<sup>2</sup>.
- Jaki był termin realizacji inwestycji? W jakim dniu inwestycja została oddana do użytku?
- Jaki był termin zakończenia umowy zawartej z firmą PROKOM B. M.?

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, iż z odpowiedzi otrzymanej od firmy STRABAG Sp. z o.o. wynikało, że nie była realizowana budowa budynku o powierzchni przekraczającej 1500 m<sup>2</sup> w ramach inwestycji pod nazwą „Budowa Wytwórni Mas Bitumicznych w Tarnowie przy ul. Kryształowej”, toteż w jego ocenie odwołujący nie spełnił warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia

Odwołujący nie zgodził się z takim stanowiskiem, bowiem w jego ocenie złożony w ofercie wykaz wykonanych usług potwierdza spełnianie warunku postawionego w pkt. 13. 2 a SIWZ. Zamawiający nie przedstawił ani zapytania, które zostało skierowane do firmy STRABAG, ani udzielonej odpowiedzi, jednak z dokumentów dotyczących przedmiotowej inwestycji wynikała, iż budynek wytwórni bitumicznej (realizowany przez Odwołującego) posiada powierzchnię powyżej 1500 m<sup>2</sup>. Odwołujący powołał się na dowód z dokumentu w postaci załącznika do referencji z dnia 02.11.2011r.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu określił w pkt. 13. 2 a SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób następujący:

(...) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują co najmniej dwie usługi w zakresie jn.

a) pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji, co najmniej dwóch zadań, z których każde polegało na termomodernizacji lub budowie budynku, (min. 4 branż tj. branża sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, elektryczna, telekomunikacyjna) o powierzchni minimum 1 500 m<sup>2</sup> i wartości inwestycji co najmniej 1 000 000,00 zł brutto oraz przedłożą dowody czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu odwołujący przedstawił wykaz wykonanych usług, w którym w pozycji nr 2 i 3 przedstawił usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim na następujących zadaniach

- „Termomodernizacja i modernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 22 przy ul. Żeromskiego 26 w Gliwicach” - powierzchnia 1550 m<sup>2</sup>, wartość 1,2 mln zł, oraz - „Termomodernizacja i modernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 33 ul. Wiślana 12 w Gliwicach” - powierzchnia 1575 m<sup>2</sup>, wartość 1,02 mln zł.

Przedstawione usługi były realizowane w ramach jednej umowy zbiorczej zawartej z Miastem Gliwice, w ramach której było wyodrębnionych 6 zadań, z których każde dotyczyło wskazanego obiektu/ budynku szkoły i przedszkola.

Urząd Miasta Gliwice odmówił wystawienia na rzecz odwołującego poświadczenia należytego wykonania poszczególnych zadań, z uwagi na przyjętą w ramach wewnętrznych procedur praktykę wystawiania takowych dokumentów po zakończeniu obowiązywania umowy z wykonawcą (w tym przypadku po wykonaniu wszystkich zadań).

W ocenie odwołującego nie zmienia to jednak faktu, że wskazane w poz. 2 i 3 wykazu usług zadania zostały zakończone i odebrane przez inwestora, a odwołujący w tym zakresie wykonał swoje usługi prawidłowo. Toteż mając na uwadze treść § 1 ust 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, który w przypadku, kiedy wykonawca z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, dopuszcza możliwość przedłożenia jako dowodu należytego wykonania usługi oświadczenia, odwołujący przedłożył oświadczenia w zakresie usług wskazanych w poz. 2 i 3 wykazu złożonego w ofercie wskazując, zgodnie ze stanem faktycznym, iż zostały wykonane należycie.

Zamawiający pismem z dnia 24.09.2014 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych usług zawierający jeszcze jedną usługę pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania, które polegało na termomodernizacji lub budowie budynku min. 4 branż o powierzchni min. 1500 m<sup>2</sup> i wartości inwestycji co najmniej 1 000 000 zł brutto oraz przedłożenia dowodu czy zostało ono wykonane należycie.

Odwołujący stwierdził, iż mając na względzie restrykcyjny charakter normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, odwołujący w dniu 01.10.2014 r. w odpowiedzi na pismo zamawiającego przedłożył ponownie wykaz wykonanych usług uzupełniony, zgodnie z dyspozycją zamawiającego, o dodatkową usługę zrealizowaną na rzecz firmy STRABAG, przedkładając na potwierdzenie należytego wykonania referencje z dnia 02.11.2011r.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był zobowiązany do uwzględnienia wszystkich usług wskazanych w uzupełnionym wykazie, które w jego ocenie potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu sformułowany w pkt. 13. 2 a SIWZ.

Zamawiający tymczasem dokonał weryfikacji jedynie dodatkowej usługi wskazanej w uzupełnionym wykazie, opierając swoją ocenę o informacje uzyskane we własnym zakresie, co których odwołujący nie ma nawet wglądu. W tym względzie odwołujący zauważył, iż zamawiający nie wzywał odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do swoich wątpliwości dotyczących przedłożonego wykazu usług.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł w części o odrzucenie, a w części o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu podniósł, że usługi wykazane przez odwołującego w pkt. 2-4 wykazu usług, tj.:

- 1) termomodernizacja i modernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 22 w Gliwicach,
- 2) termomodernizacji i modernizacji budynku Przedszkola Miejskiego nr 33 w Gliwicach,
- 3) termomodernizacji i modernizacji budynku Zespołu Szkół Ogólnokształcących nr 13 w Gliwicach

na dzień składania ofert (15.09.2014 roku) nie zostały wykonane.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący załączył swoje oświadczenie, że usługi z pkt. 2-4 zostały wykonane należycie. Jednak nie wykazał żadnych szczególnych okoliczności, z powodu których nie był w stanie uzyskać poświadczeń dla tych usług.

Zamawiający poinformował, że Urząd Miejski w Gliwicach wyjaśnił, że na dzień złożenia wniosku o wydanie poświadczeń żadne z zadań będących przedmiotem umowy nie zostało zakończone, a usługa nie ma charakteru usług ciągłych i okresowych. Dodatkowo UM Gliwice wskazał, że wniosek dotyczył realizowanej przez odwołującego umowy, a nie poszczególnych zadań, w związku z czym Miasto Gliwice nie wystawiło poświadczeń po zakończonej realizacji poszczególnych zadań, w związku z czym Miasto Gliwice nie wystawiło poświadczeń po zakończonej realizacji poszczególnych zadań. UM Gliwice poinformował również, że do dnia przekazania zamawiającemu informacji do jego urzędu nie wpłynął żaden wniosek z prośbą o poświadczenie należytego wykonania usługi pełnienia funkcji inżyniera kontraktu dla poszczególnych zakończonych zadań.

Zamawiający stwierdził, iż UM Gliwice odmówił wystawienia poświadczenia nie z uwagi na przyjętą w ramach wewnętrznych procedur praktykę wystawiania takich dokumentów po zakończeniu obowiązywania umowy z wykonawcą (w tym przypadku po

wykonaniu wszystkich zadań), lecz – jak wynika z pisma Urzędu w Gliwicach – po prostu odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o takie poświadczenia.

Zamawiający oświadczył, iż odwołujący wykazał się doświadczeniem w wykonaniu tylko jednej usługi wymienionej w wykazie w poz. Nr 1. Dlatego też zwrócił się do wykonawcy z prośbą o uzupełnienie oferty. Wykonawca uzupełnił wykaz o jeszcze jedną usługę pełnienia funkcji Inżyniera wraz z pełnieniem kompleksowego nadzoru inwestorskiego na zadaniu: budowa wytwórni mas bitumicznych w Tarnowie oraz załączył 2 referencje: wystawioną przez Strabag Sp. z o.o. dla PROKOM B. M. oraz wystawioną przez PROKOM B. M. dla odwołującego. W wykazie podana została informacja, że powierzchnia budowanych budynków wynosiła 2.130 m<sup>2</sup>, a więc sam wykonawca oświadczył, że nie był to jeden budynek, a jakaś nieokreślona ilość budynków. Z wykazu ani z załączonych referencji nie wynika, że wymagane przez zamawiającego cztery branże były realizowane na budynku, który posiadał powierzchnię 1.500 m<sup>2</sup>. W referencjach nie podano jaka jest powierzchnia budynków, które w ramach tej inwestycji były wykonywane.

Zamawiający oświadczył, że do ww. referencji ani do przedłożonego wykazu odwołujący nie załączył żadnego załącznika, z którego wynikałoby, iż jakkolwiek budynek zrealizowany w ramach inwestycji wytwórni bitumicznej posiada powierzchnię pow. 1500 m<sup>2</sup>.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia, ponieważ na wykazie nie było informacji niejasnych, tylko brakowało informacji wymaganych przez zamawiającego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W pkt. 13 ppkt 2a SIWZ zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji co najmniej dwóch zadań, z których każde polegało na termomodernizacji lub budowie budynku (min. 4 branż: branża sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, elektryczna, telekomunikacyjna) o powierzchni minimum 1500 m<sup>2</sup> i wartości inwestycji co najmniej 1.000.000,00 zł brutto wraz z przedłożeniem dowodów, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług, w którym wskazał następujące usługi:

1) pełnienie funkcji Inżyniera (obowiązków odpowiadających funkcji Inżyniera) wraz z pełnieniem kompleksowego nadzoru w branżach konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej,



elektrycznej i komunikacyjnej dla inwestycji „Adaptacja kuchni na oddział neurologii z pododdziałem udarowym dla potrzeb Nowego Szpitala w Olkuszu wraz z termomodernizacją budynku. Powierzchnia: 3.000 m<sup>2</sup>, wartość brutto 2,3 mln zł.

2) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim w branżach: konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, telekomunikacyjnej, drogowej na zadaniu: Termomodernizacja i modernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 22 przy ul. Żeromskiego 26 w Gliwicach, pow. 1.550 m<sup>2</sup>, wartość brutto 1,2 mln zł

3) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim w branżach: konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, telekomunikacyjnej, drogowej na zadaniu: Termomodernizacja i modernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 33, ul. Wiślana 12 w Gliwicach, pow. 1.575 m<sup>2</sup>, wartość 1,02 mln zł

4) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim w branżach: konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, telekomunikacyjnej, drogowej na zadaniu: Termomodernizacja i modernizacja budynku Zespołu Szkół Ogólnokształcących nr 13 przy ul. Gomułki 16a w Gliwicach, pow. 5.578 m<sup>2</sup> wartość 2,5 mln zł (niezakończona).

Odwołujący załączył referencje z dnia 18.11.2013 r. wystawione przez Nowy Szpital w Olkuszu oraz oświadczenia własne z dnia 11.09.2014 roku, złożone na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w których potwierdził, że usługi wykazane w pkt 2 i 3 wykazu zostały wykonane należycie, a usługa wskazana w pkt. 4 wykazu jest wykonywana należycie. W oświadczeniach stwierdził, iż zachodzi okoliczność wymieniona w treści rozporządzenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 3, iż z przyczyn obiektywnych nie jest w stanie uzyskać poświadczenia od zamawiającego. Zamawiający nie wydaje zaświadczeń dla usług będących w trakcie realizacji.

Odwołujący załączył pismo z dnia 12 czerwca 2014 roku Urzędu Miejskiego w Gliwicach, z którego wynika, że poświadczenie wykonania usługi wykonywanej w ramach zawartej umowy będzie możliwe po zakończeniu sprawowania funkcji na ostatnim 6 zadaniu pn. ZSO Nr 13 ul. Gomułki 16a – termomodernizacja budynku – pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu.

Pismem z dnia 24 września 2014 roku zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych usług potwierdzający spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 13 ppkt 2 lit. a cz. III SIWZ, zawierający jeszcze jedną usługę pełnienie funkcji

Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania, które polegało na termomodernizacji lub budowie budynku (min. 4 branż, tj. branża sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, elektryczna, telekomunikacyjna) o pow. minimum 1500 m<sup>2</sup> i wartości inwestycji co najmniej 1.000.000 zł brutto oraz przedłożenie dowodu, czy zostało ono wykonane należycie. Zamawiający stwierdził, iż załączony do oferty wykaz wykonanych usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 13 ppkt 2. Do oferty zostało załączone oświadczenie samego wykonawcy, z którego wynika, że wykonał usługi z wykazu ujęte w poz. 2, 3 i 4. Jednak oświadczenie samego wykonawcy można przyjąć tylko, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego usługi były realizowane. A taka sytuacja w tym przypadku nie ma miejsca. Z załączonego do oferty oświadczenia Urzędu Miasta Gliwice wynika, że poświadczenie byłoby możliwe do uzyskania, gdyby usługa była już w całości wykonana. Usługi polegającej na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu nie można zakwalifikować do usług ciągłych lub okresowych, a tylko w przypadku usług ciągłych lub okresowych ustawa dopuszcza, że usługi wykonywane potwierdzają wymagane doświadczenie.

W odpowiedzi odwołujący przedłożył nowy wykaz, w którym, oprócz usług już wykazanych, wskazał jeszcze jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Menadżera (Inżyniera) wraz z pełnieniem kompleksowego nadzoru inwestorskiego w branżach: instrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, telekomunikacyjnej, drogowej na zadaniu: Budowa Wytwórni Mas Bitumicznych w Tarnowie przy ul. Kryształowej, pow, budowanych budynków: 2.130 m<sup>2</sup>, wartość brutto: 10 mln zł, w tym wartość budowanych budynków 1,5 mln zł. Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana: Prokom B. M. (zlecający), Strabag Sp. z o.o./Polski Asfalt Sp. z o.o. (Inwestor). Odwołujący dołączył referencje z dnia 2.11.2011 roku, wystawione przez Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie Dyrekcja Południowa Kraków dla Prokom B. M., potwierdzające m.in. rodzaj prac budowlanych oraz wartość inwestycji. Odwołujący dołączył też referencje o analogicznej treści z dnia 2.11.2011 roku wystawione przez Prokom B. M. na rzecz Prokom Construction Sp. z o.o. w Sosnowcu.

Pismem z dnia 6 października 2014 roku zamawiający zwrócił się do Strabag Sp. z o.o. Dyrekcja Południowa Oddział Kraków w Krakowie o udzielenie wyjaśnień dotyczących inwestycji: Budowa Wytwórni Mas Bitumicznych w Tarnowie przy ul. Kryształowej, w tym:

1) Czy w ramach wykonania umowy któryś z budynków posiadał powierzchnię minimum 1.500 m<sup>2</sup>?

2) Jaki był termin realizacji inwestycji? W jakim dniu inwestycja została oddana do użytku?

3) Jaki był termin zakończenia umowy zawartej z firmą PROCOM B. M.?

Pismem z dnia 8 października 2014 roku Strabag Sp. z o.o. Oddział Kraków udzielił informacji, iż:

- nie dysponuje umową zawartą z firmą PROKOM B. M.,
- w ewidencji księgowej Strabag Sp. z o.o. nie ma rozliczeń z firmą PROKOM B. M.
- Pan G. M. w 2011 roku pełnił funkcję Dyrektora Oddziału Kraków w firmie Strabag Sp. z o.o.

Pismem z dnia 17 października 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający powołał się na pismo Strabag i uznał, że odwołujący nie spełnił warunku, o którym mowa w art. 13 ppkt 2a SIWZ.

**Izba dopuściła dowody z następujących dokumentów:**

- decyzja 16/2012 Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego Miasta Tarnowa z dnia 16 kwietnia 2012 roku N/z: PINB-7353/U/57/12 – pozwolenie na użytkowanie wytwórni mas mineralno-bitumicznych typu AMMANN wraz z zapleczem technicznym, komunikacyjnym, składowo-magazynowym i socjalnym, znajdującej się przy ul. Kryształowej w Tarnowie (działka nr 81/10, 86, 85, 81/4, 84, 140/2 obr. 66).

Decyzja zawiera dane techniczne obiektów kubaturowych:

Budynek socjalno-biurowy 67,60 m<sup>2</sup>

Budynek laboratorium 20,20 m<sup>2</sup>

Budynek portierni 3,50 m<sup>2</sup>

Kontener obsługi wagi samochodowej 6,50 m<sup>2</sup>

Sterownia wytwórni mas bitumicznych 14,60 m<sup>2</sup>

Budynki magazynowe narzędzi i części zamiennych – 7 szt. 102,20 m<sup>2</sup>

- umowa nr IR.272.24.2014 CRU 1328/14 pomiędzy Miastem Gliwice w Gliwicach a PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o. w Sosnowcu:

Zgodnie z § 1 „Przedmiot umowy” Przedmiotem umowy jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, tj. świadczenie usług związanych w przygotowaniem, zarządzaniem, kontrolą i nadzorem nad realizacją robót budowlanych oraz rozliczeniem końcowym przy realizacji następujących zadań inwestycyjnych:

Zadanie 1 Przedszkole Miejskie nr 22, ul. Żeromskiego 22 – termomodernizacja o modernizacja budynku

Zadanie 2 Przedszkole Miejskie nr 25, ul. Rydygiera 10 termomodernizacja i modernizacja budynku,

Zadanie 3 Przedszkole Miejskie nr 33, ul. Wiślana 12 – termomodernizacja i modernizacja budynku

Zadanie 4 Przedszkole Miejskie nr 42, ul. Młodopolska 4 – termomodernizacja i modernizacja budynku

Zadanie 5 Zespół Szkół Samochodowych, ul. Kilińskiego 14A – termomodernizacja i modernizacja budynku

Zadanie 6 Zespół Szkół Ogólnokształcących nr 13, ul. Gomułki 16a – termomodernizacja i modernizacja budynku

Zgodnie z § 3 umowy:

3. Termin zakończenia pełnienie funkcji przez Inżyniera Kontraktu upływa odrębnie dla każdego z zadań wskazanych w ust. 4, tj. 30 dnia od dnia zakończenia robót budowlanych dla danego zadania.

4. Terminy zakończenia robót budowlanych na poszczególnych zadaniach:

Zadanie 1 – 31.07.2014

Zadanie 2 – 31.07.2014

Zadanie 3 – 30.08.2014

Zadanie 4 – 31.07.2014

Zadanie 5 – 25.08.2014

Zadanie 6 – 30.09.2014

Zgodnie z § 4 ust. 8 lit. b „Podstawą wystawienia faktury końcowej będzie potwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru sprawozdania końcowego, o którym mowa w § 2 ust. 8 pkt 3

Zgodnie z § 2 ust. 8 pkt 3 do obowiązków Inżyniera Kontraktu należy przygotowanie dla Zamawiającego sprawozdania końcowego, zawierającego wymienione dokumenty.

- Załącznik z dnia 2.11.2011 r. do referencji z dnia 2.11.2014 r. dot. Budowy wytwórni mas bitumicznych w Tarnowie przy ul. Kryształowej, z którego wynika, iż w zakres robót wchodziła m.in. budowa budynku przemysłowego wraz z instalacją o pow. ok. 1.600 m<sup>2</sup> i kubaturze ok. 4.000 m<sup>3</sup> wraz z instalacją produkcji mieszanek bitumicznych.

- Korespondencja mailowa zamawiającego z Urzędem Miejskim w Gliwicach z dnia 30 października 2014 roku, z której iż wniosek odwołującego z prośbą o wystawienie poświadczenia dotyczącego realizacji umowy, której przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, został złożony do Urzędu Miejskiego w Gliwicach w dniu 10 czerwca 2014 roku. Na dzień złożenia wniosku żadne z zadań będących przedmiotem umowy nie zostało zakończone, a usługa nie ma charakteru usług ciągłych lub okresowych. Wniosek odwołującego dotyczył realizowanej przez niego umowy, a nie poszczególnych zadań, w związku z czym Miasto Gliwice nie wystawiało odwołującemu poświadczeń po zakończonej realizacji poszczególnych zadań, a do Urzędu Miejskiego w Gliwicach nie wpłynął żaden wniosek odwołującego z prośbą o poświadczenie należytego wykonania usługi funkcji inżyniera kontraktu dla poszczególnych zakończonych zadań.

- protokół odbioru wykonanych usług pełnienia funkcji inżyniera kontraktu na zadaniu 3 Przedszkole Miejskie nr 33 w Gliwicach.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że wykonawca, na którego zasoby się powołał (Prokom B. M.) realizował usługę polegającą na pełnieniu funkcji Menadżera (Inżyniera) Kontraktu wraz z nadzorem inwestorskim w ramach inwestycji firmy STRABAG/POLSKI ASFALT TECHNIK, polegającej na budowie wytwórni mas bitumicznych w Tarnowie przy ul. Kryształowej, podczas której wykonano budowę budynku o powierzchni minimum 1.500 m<sup>2</sup>.

Podstawą takiego ustalenia była decyzja 16/2012 – pozwolenie na użytkowanie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego Miasta Tarnowa z dnia 16.04.2012 roku, w której wyszczególniono budynki wraz z ich danymi technicznymi. Z decyzji wynika, że wybudowano budynki o pow. od 3,50 m<sup>2</sup> do 102,20 m<sup>2</sup>. Wskazana decyzja jest dokumentem urzędowym, sporządzonym przez właściwy organ władzy publicznej i stanowi ona dowód tego, co zostało w nim urzędowo poświadczane. Izba uznała zatem za udowodnione to, co zostało stwierdzone w treści decyzji. Odwołujący nie wniósł o przeprowadzenie dowodu przeciw treści wskazanej decyzji, zatem Izba nie miała podstaw do tego, by kwestionować to, co zostało w niej zawarte.

Potwierdzeniem treści decyzji jest pismo Strabag Dyrekcja Południowa Oddział Kraków z dnia 08.10.2014 r., z którego wynika, iż w ramach wskazanej inwestycji nie była realizowana budowa budynku o powierzchni przekraczającej 1.500 m<sup>2</sup>.

Jedynym przeciwdowodem wobec treści decyzji był złożony przez odwołującego załącznik do referencji z dnia 02.11.2011 roku, z którego wynikało, iż w zakres prac obejmował m.in. budowę budynku przemysłowego wraz z instalacją o pow. ok. 1.600 m<sup>2</sup>. Dokument ten został podpisany przez dyrektora finansowego Strabag Oddział Kraków, Pana P. W. . Dokument jest dokumentem prywatnym, stanowiącym dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie w nim zawarte.

Izba oceniła wskazane dowody zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 190 ust. 7 ustawy Pzp i doszła do przekonania, iż budowa wytwórni mas bitumicznych w Tarnowie przy ul. Kryształowej nie obejmowała budowy budynku o powierzchni min. 1.500 m<sup>2</sup>. Powyższe Izba stwierdziła przede wszystkim w oparciu o treść decyzji 16/2012 – pozwolenie na użytkowanie, z przyczyn wskazanych wyżej.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał również spełniania wymaganych warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie usług zawartych w poz. 2 i 3 wykazu usług, tj. pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na zadaniu: Termomodernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 22 przy ul. Żeromskiego 26 w Gliwicach oraz pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na zadaniu: Termomodernizacja i modernizacja budynku Przedszkola Miejskiego nr 33 w Gliwicach. Podkreślić należy, że warunkiem udziału w postępowaniu było – oprócz wykazania stosownych usług – przedłożenie dowodów na okoliczność potwierdzenia, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący złożył w tym celu

własne pisemne oświadczenia, wskazując, iż – zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miejskiego w Gliwicach – poświadczenie usługi wykonywanej w ramach umowy na termomodernizację budynków w Gliwicach będzie możliwe po zakończeniu sprawowania funkcji na ostatnim – 6 zadaniu.

Izba przeprowadziła dowód z korespondencji mailowej z 30 czerwca 2014 roku prowadzonej pomiędzy zamawiającym i Urzędem Miejskim w Gliwicach, z której wynika, iż wniosek odwołującego z prośbą o wystawienie poświadczenia dotyczącego realizacji umowy, której przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, został złożony do Urzędu Miejskiego w Gliwicach w dniu 10 czerwca 2014 roku. Na dzień złożenia wniosku żadne z zadań będących przedmiotem umowy nie zostało zakończone, a usługa nie ma charakteru usług ciągłych lub okresowych. Wniosek odwołującego dotyczył realizowanej przez niego umowy, a nie poszczególnych zadań, w związku z czym Miasto Gliwice nie wystawiało odwołującemu poświadczeń po zakończonej realizacji poszczególnych zadań, a do Urzędu Miejskiego w Gliwicach nie wpłynął żaden wniosek odwołującego z prośbą o poświadczenie należytego wykonania usługi funkcji inżyniera kontraktu dla poszczególnych zakończonych zadań.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231) dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi jest – w przypadku zamówień na dostawę lub usługi – poświadczenie, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia - oświadczenie wykonawcy. Przez przyczyny obiektywne niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania należy rozumieć sytuację gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji, z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należytego wykonania usługi (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 2873/13).

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszły okoliczności uzasadniające posłużenie się własnymi oświadczeniami. Z przedstawionej korespondencji wynika, iż w okresie bezpośrednio poprzedzającym składanie ofert w niniejszym postępowaniu (tj. wrzesień 2014 roku) odwołujący nie czynił starań, by uzyskać poświadczenie należytego wykonania zadań objętych umową CRU 1328/14. Odwołujący wystąpił o wydanie poświadczenia do Urzędu Miejskiego w Gliwicach w czerwcu 2014 roku, a i wówczas nie wnosił o wydanie poświadczeń dotyczących wykonanych już zadań, lecz o poświadczenie dotyczące całej umowy, mimo że żadne z zadań nie zostało wówczas ukończonych. Brak jest zatem podstaw do przyznania odwołującemu uprawnienia do skorzystania z możliwości złożenia oświadczenia na podstawie § 1 ust. 2 pkt 3 wskazanego wyżej rozporządzenia.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że taka praktyka musi mieć charakter wyjątkowy: *Usankcjonowanie praktyki masowego przedkładania oświadczeń własnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez konieczności wykazywania przez wykonawców uzasadnionych i obiektywnych przyczyn niemożności dostarczenia poświadczenia, doprowadziłoby do daleko idącej patologii. Instytucja listów referencyjnych stałaby się wówczas w praktyce martwa, zaś na zamawiających przerzucono by uciążliwy i czasochłonny obowiązek dociekania, czy wykonawca legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem* (KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....