Sygn. akt:KIO 2330/18

WYROK

z dnia 28 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez **A.M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FHUT A.M.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Jaworzno**,

przy udziale **J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EFB Partner J.K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża A.M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FHUT A.M. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:……

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miasta Jaworzno– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przywrócenie wartości przyrodniczych i użytkowych poprzez rekultywację miejskiego akwenu Sosina w Jaworznie"Etap I i część Etapu II w zakresie budowy wybranych obiektów rekreacyjno-wypoczynkowych, w podziale na 3 części*.

W dniu 13 listopada 2018 r. A.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą FHUT A.M. wniosła odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EFB Partner J.K.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 26 ust 3 oraz art. 24 ust 1 pkt 12, ewentualnie art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza wydała 10 września 2018 r. wyrok (sygn. akt KIO 1720/18), w którego uzasadnieniu wskazała na niedostateczne wyjaśnienie oferty wykonawcy przy ocenie ofert i nakazała Zamawiającemu podjęcie czynności mających na celu należyte wyjaśnienie przedłożonych wraz z ofertą przez wybranego wykonawcę dokumentów. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał czynności należycie wyjaśnienia treści złożonych przez EFB Partner dokumentów, a w szczególności nie ustalił czy wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie wymagane w punkcie IV.1.2 lit. C SIWZ.

Odwołujący podniósł, że EFB Partner wskazał na wykonanie przez niego dwóch różnych robót polegających na:

1)odmulaniu zbiornika Kamiennik dla firmy PROMEL, która wykonywała prace na rzecz Wielkopolskiego Zarządu Urządzeń i Melioracji Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile;

2)rekultywacji terenu o powierzchni 5,86 ha położonego w miejscowości Rybina, gmina Stegna woj. Pomorskie, na rzecz firmy: PBMiUW INWESTMEL Sp. z o.o. w Elblągu, przy czym nie zostało ustalone czy i dla którego zamawiającego prace te zostały wykonane.

Odwołujący podniósł, że ani w pierwszym, ani w drugim przypadku Zamawiający, mając uzasadnione wątpliwości co do tego, czy zadania te w ogóle zostały wykonane przez wykonawcę, a jeśli były wykonane, to czy miały charakter robót budowlanych wymaganych w SIWZ, nie podjął czynności, które doprowadziłyby do wyjaśnienia rozbieżności między posiadanymi informacjami a dokumentacją przedstawioną przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że w przypadku zadania dotyczącego zbiornika wodnego Kamiennik Zamawiający pozyskał od inwestora następujące informacje:

- Inwestor (Wielkopolskiego Zarządu Urządzeń i Melioracji Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile) zaprzeczał, aby zadanie to realizował EFB Partner jako podwykonawca firmy PROMEL;
- Inwestor potwierdził, że prace rekultywacyjne były realizowane przez firmę PROMEL na obszarze nie większym niż 1,2 ha, co oznacza, że nawet gdyby firma PROMEL realizowała to zadanie przy pomocy podwykonawcy, którego nie zgłosiła, to należy stwierdzić, że nie jest to obszar wymagany w SIWZ.

Mając na względzie jednak powyższe okoliczności, jak też zalecenia zawarte w treści orzeczenia KIO Zamawiający nie podjął dalszych kroków, aby wątpliwości te wyjaśnić i ustalić, czy wykonawca wykonał zakres prac dotyczących rewitalizacji biologicznej tego zbiornika.

Odwołujący stwierdził, że dziwić może zachowanie wykonawcy EFB Partner, który wiedząc o istniejących wątpliwościach nie przedstawia żadnych dalszych dowodów mających na celu wyeliminowanie tychże wątpliwości, ale zamiast tego przedstawia kolejny list referencyjny na rzekome wykonanie przez niego zadania rekultywacji terenu położonego w miejscowości Rybina, gmina Stegna. Gdyby wykonawca przy takiej ilości niespójnych danych ustalonych w postępowaniu faktycznie miał możliwość wykazania, że wykonał roboty polegające na rekultywacji zbiornika Kamiennik, to przedłożyłby odpowiednie dowody, aby rozwiać wątpliwości zamawiającego. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek udowodnienia, że posiada on odpowiednie doświadczenie do realizacji określonego zadania.

Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem Zamawiającego było zażądać od wykonawcy, który powołuje się na dane referencje, dalszych informacji zmierzających do ustalenia szczegółów wykonywania tych prac. Działanie takie jest nie tylko dopuszczalne na gruncie przepisów Pzp, ale wręcz Zamawiający ma taki obowiązek aby nie dopuścić do nierównego traktowania wykonawców i prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zasadę uczciwej konkurencji. Nie może być tak, że wykonawca, co do którego pojawiły się wątpliwości w zakresie tego, czy spełnia warunki uczestniczenia w przetargu, może nie składać dodatkowych szczegółowych wyjaśnień, a Zamawiający pominie obowiązek wyjaśnienia wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w ofercie przez tego wykonawcę posiadając informację, że przedstawione referencje są wadliwe lub mogą nie być prawdziwe.

Odwołujący podniósł, że *w przypadku zakwestionowania przez zamawiającego dokumentacji przedłożonej przez wykonawcę i to poprzez uzyskanie dokumentu urzędowego – pochodzącego od Wielkopolskiego Zarządu Urządzeń i Melioracji Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile, a zatem instytucji, która wypowiada się w zakresie obowiązków nałożonych na nią w drodze ustawy, wykonawca w takiej sytuacji zgodnie z treścią art. 6 k.c. i art. 244 § 1 k.p.c., musiałby udowodnić zgodnie z treścią art. 252 k.p.c., że zawarte w treści tego oświadczenia są nieprawdziwe w odpowiedni sposób (Postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 247/01). Nie wystarczy bowiem samo zaprzeczenie okoliczności zawartych w dokumentach urzędowych. W praktyce zatem zaprzeczenie wiarygodności treści dokumentu urzędowego musiałoby nastąpić poprzez przedstawienie innego dokumentu urzędowego przez takiego wykonawcę. Zamawiający nie podjął jednak prawie żadnych kroków aby okoliczności te wyjaśnić a przede wszystkim rozwiać wątpliwości, które przecież sam zgłaszał w postępowaniu prowadzonym wcześniej przed KIO w tym samym postępowaniu przetargowym, choć w tej sytuacji miał bezsprzecznie obowiązek dokładnego wyjaśnienia czy wykonawca wybrany posiada czy też nie posiada odpowiednich referencji*.

W odniesieniu do rekultywacji terenu w miejscowości Rybina i przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, Odwołujący podniósł, że być może Zamawiający podejmował jakieś kroki mające na celu skonfrontowanie przedłożonego listu referencyjnego z zawartymi tam twierdzeniami, jednak nie ustalił czy inwestycja, o której mowa w treści listu referencyjnego została wykonana. Odwołujący poinformował, że dotarł do jednostek samorządowych i instytucji państwowych, które zaprzeczają, aby na terenie miejscowości Rybina, gmina Stegna były prowadzone jakiekolwiek prace w zakresie odtworzenia pierwotnych wartości ekologicznych terenu o powierzchni 5,86 ha. W tym zakresie również istnieje daleko idąca wątpliwość, czy zadanie takie było w ogóle zrealizowane i nie tylko przez wykonawcę, ale również przez wystawiającą list referencyjny spółkę Inwestmel. W związku z tym Zamawiający powinien ustalić, czy EFB Partner przy tym zakresie wątpliwości, które pojawiły się w sprawie jego doświadczenia, nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Zamawiający jednak nie wykazał jakiejkolwiek woli należytego wyjaśnienia tych wątpliwości i nie podjął czynności mających na celu ustalenie, co właściwie wykonał ten wybrany wykonawca, o ile w ogóle coś w tym zakresie wykonywał. Znamiennym jest, że Zamawiający podjął próbę ustalenia gdzie i na jakim terenie wykonawca realizował prace polegające na odtworzeniu pierwotnych wartości ekologicznych terenu w miejscowości Rybina (ślad taki znajduje się w aktach postępowania), ale poprzestał na wysłaniu pisma i nie otrzymując żadnej odpowiedzi w tym zakresie nie podjął już dalszych kroków, a dokonał wyboru oferty z tymi wątpliwymi referencjami.

Odwołujący podkreślił, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem w przypadku istnienia uzasadnionych wątpliwości to wykonawca, który nie przedstawia dalszych dowodów potwierdzających określone okoliczności powinien ponieść tego negatywne konsekwencje.

Ponadto Odwołujący podniósł, że przedstawione przez wykonawcę umowy potwierdzać mają wykonanie jakichś usług zarówno dla jednego jak i drugiego podmiotu udzielającego mu referencji. Natomiast przedmiotem zadania, w zakresie którego toczy się postępowanie przetargowe jest wykonanie robót budowlanych skutkujących osiągnięciem określonego rezultatu (rewitalizacji – przywrócenia warunków środowiskowych danego terenu). Referencje przedkładane przez wykonawcę w takim postępowaniu muszą zatem odnosić się do tej kategorii zamówienia, które jest przedmiotem postępowania, nie mogą dotyczyć innych rodzajowo przedmiotów zamówienia. Jeśli wobec tego przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to referencje muszą potwierdzać wykonanie przez wykonawcę robót budowlanych, a nie innych rodzajowo prac albo usług. Wynika to z istoty żądania wykazania się przez wykonawcę odpowiednim doświadczeniem Wykonawca nie może zatem na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia w realizacji robót budowlanych przedkładać dokumentów mających potwierdzać wykonanie usług, tylko z tego powodu, że były one wykonywane przy okazji realizacji przez inna firmę robót budowlanych na rzecz publicznego zamawiającego. Na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego istnieje istotna równica między usługami a robotami budowlanymi. O ile bowiem do umów o świadczenie usług stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące umowy zlecenia (art. 750 Kc) to w przypadku wykonywania robót budowlanych istnieje osobna grupa przepisów regulujących roboty budowlane w tym art. 647 Kc i następne oraz przepisów dotyczących umowy o dzieło poprzez art. 656 § 1 Kc. Nie można zatem stawiać znaku równości między umową o świadczenie usług a umową o roboty budowlane, gdyż w tym drugim przypadku, wykonawca odpowiada za efekt swoich czynności i musi wykazać, że cel umowy (a w tym przypadku "rekultywacja" lub "rewitalizacja") w rzeczywistości miała miejsce. W takiej sytuacji, wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia i referencji nie sprowadzi się do tego tylko, że wykonawca przedłoży dokument potwierdzający wykonywanie "jakichkolwiek" usług w wykonywaniu określonego zadania. Wykonawca taki musi udowodnić, że przedmiot umowy którą realizował mieścił się w ramach roboty budowlanej i co najważniejsze został w ten sposób osiągnięty efekt takich działań, który świadczy o fakcie posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie rekultywacji. Nie każdy kontrahent podmiotu wykonującego zadanie w zakresie rewitalizacji będzie mógł powołać się na taki fakt, a tylko taki podmiot, który realizował zakres zadania rewitalizacyjnego. Jest chyba oczywistym, że wykonawca, który wykonywał dla generalnego wykonawcy usługę posadowienia na terenie realizacji zadania obiektów tymczasowych na czas prowadzenia budowy nie może zostać uznanym wykonawcą posiadającym doświadczenie w realizacji zadań związanych z rewitalizacją biologiczną tylko dlatego, że podpisał umowę na dostarczenie określonej usługi na rzecz innego wykonawcy, który

zadanie takie realizował. Zatem kluczowym jest ustalenie i udokumentowanie, jakiego zakresu robót budowlanych dotyczyła aktywność wykonawcy, który powołuje się na wykonywanie określonych prac.

Zdaniem Odwołującego, nawet zakładając hipotetycznie, że EFB Partner wykonywał jakieś usługi polegające na podstawieniu refulera generalnemu wykonawcy do użytkowania, to tym samym oczywistym jest, że usługa taka nie może być potraktowana równorzędnie z wykonaniem roboty budowlanej polegającej na rewitalizacji (czy renowacji) zbiornika wodnego. Twierdzenie takie byłoby w oczywisty sposób sprzeczne z podstawowymi zasadami wynikającymi z systemu prawa cywilnego, logiką i doświadczeniem życiowym. Nie można bowiem twierdzić, że posiada się doświadczenie w wykonywaniu określonych robót, które w swojej istocie prowadzą do osiągnięcia określonego rezultatu (w tym przypadku rewitalizacji), gdy wykonuje się jedynie jakiś fragment tego zadania i to tylko w zakresie usługi, która z samej swojej istoty nie podlega ocenie pod kątem osiągnięcia tego rezultatu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem obowiązku wykluczenia wykonawcy EFB Partner J.K. po należytej weryfikacji okoliczności stanowiących podstawę oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EFB Partner J.K., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem IV.1.2.c SIWZ, wykonawca spełni warunek zdolności technicznej lub zawodowej dla zakresu 3, jeżeli wykaże, że posiada niezbędne doświadczenie z wykonanego w sposób należyty, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończonego w ciągu ostatnich 5 lat upływem terminu składania ofert (dla zakresu nr 1 oraz nr 2) i w ciągu ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert (dla zakresu nr 3), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 1 zadania obejmującego swoim zakresem rekultywację biologiczną terenu lub zbiornika wód śródlądowych o powierzchni co najmniej 3 ha.

Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, w których wskazał zadanie pn. *Renowacja zbiornika wodnego Kamiennik, Gmina Drawsko, pow. Czarnkowsko-Trzcianecki. Rekultywacja biologiczna terenu i wydobycie urobku pogłębiarką ssąco-refulującą wraz z transportem ze zbiornika wodnego Kamiennik*. Przystępujący podał, że roboty dotyczyły powierzchni 4,94 ha i zostały wykonane w okresie 28 lipca – 14 listopada 2017 r. na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego PROMEL R. J. . Do wykazu załączono poświadczenie wystawione przez firmę PROMEL.

W dniu 21 sierpnia 2018 r. Zamawiający wykluczył Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, w uzasadnieniu wskazując, że zgodnie z dokumentacją przetargową dla niniejszego zadania, oficjalnie dostępną na stronie internetowej inwestora tj. Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile oraz informacjami pozyskanymi przez zamawiającego od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, przedmiotowe zamówienie zostało udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Wodnego PROMEL R. J., a inwestor nie wskazał żadnych podwykonawców, którzy braliby udział w realizacji niniejszej inwestycji.

Wyrokiem z 10 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1720/18) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnienie wykluczenia EFB Partner z postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy. W uzasadnieniu tego wyroku Izba wskazała, że wykluczenie to było przedwczesne, gdyż Zamawiający powinien przeprowadzić wszystkie dopuszczone przez ustawę czynności wyjaśniające i dopiero w oparciu o przeprowadzone czynności badania i oceny ofert – jeśli będzie w stanie jednoznacznie wykazać, że złożona oferta nie spełnia wymagań, to dopiero takiego wykonawcę wykluczyć z postępowania. Izba wskazała również, że dopóki Zamawiający nie wykaże, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty są fałszywe lub zawierają nieprawdziwe dane w stopniu istotnym dla wykazania spełniania warunku udziału w postepowaniu to winien dokumenty te respektować, a brak ujęcia w ewidencji Zamawiającego, że wykonawca realizujący zamówienie nie korzystał z podwykonawcy, nie tworzy pewności, że taka sytuacja nie miała miejsce.

Wykonując wyrok Izby Zamawiający unieważnił wykluczenie EFB Partner z postępowania i wezwał tego wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczącego posiadanej zdolności technicznej. Odnosząc się do uprzednio złożonego wykazu Zamawiający wskazał, że wykonawca wykonał jedynie prace na obszarze 2,208 ha, polegające na wydobyciu ze zbiornika piętrzącego wodę osadów dennych i przetransportowanie rurociągami na pole refulacyjne – tzw. renowacja zbiornika (nawet bez konieczności uporządkowanie brzegów zbiornika), nie zaś rekultywacji biologicznej wymaganego obszaru.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wyjaśnił: *(…) poświadczenie firmy PBW Promel R. J., załączone do dokumentów Wykonawcy potwierdza wykonanie prac niezbędnego do udziału w postępowaniu przetargowym. Kwestionowanie przez Zamawiającego tego, iż załączone referencje spełniają wymóg Specyfikacji mija się z prawdą, w załączeniu przedstawiamy opinię Pana Dr hab. S. B. – Profesora nadzw. Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy, Wydział Budownictwa i Inżynierii Środowiska, dotyczące rekultywacji zbiorników wodnych. Natomiast jeżeli chodzi o dokument przedłożony przez EFB Partner J. K. i na rozprawie KIO w dniu 10.09.2018, dotyczący obszaru robót pogłębiarskich w ilości 22,080 m3, jak informowaliśmy Zamawiającego, dotyczył umowy z dnia 28.07.2017 zawartej z firmą PBW Promel R. J., oraz pomiarów batymetrycznych dokonanych w dniu 16.10.2017.Po terminie wykonania pomiarów batymetrycznych tj. po 16.10.2017, prace były prowadzone nadal, prace te zwiększyły powierzchnię obmiarową. Następnie w dniu 31.10,2017, spisano aneks nr I do umowy, który rozszerzył zakres robót. Łączna powierzchnia, na której były prowadzone prace wnosiła 3,18 ha, w załączeniu raport końcowy z pomiarów batymetrycznych przeprowadzonych w dniu 10.11.2017 roku.* Niezależnie od powyższych wyjaśnień Przystępujący przedłożył nowy wykaz, w którym wskazał zadanie *Odtworzenie pierwotnych wartości ekologicznych terenu o pow. 586h, położonego w miejsc. Rybina, gmina Stegna, woj. pomorskie,* jako podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane podając Przedsiębiorstwo Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych Inwestmel Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że w aktach sprawy znajdują się również następujące dokumenty:

1)w odniesieniu do robót dotyczących zbiornika Kamiennik:

- pismo Zamawiającego do Promel z 4 września 2018 r. o wyjaśnienie rozbieżności między treścią poświadczenia a informacjami od Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Pile oraz informacjami pozyskanymi przez Zamawiającego od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, z których wynika brak zgłoszenia podwykonawców,
- pismo Promel potwierdzające *wykonanie usługi przez firmę EFB Partner J.K., ul. Polna 631 05-140 Serock polegającej na odmuleniu zbiornika pogłębiarką ssąco-refulującą osadów dennych przetransportowanie rurociągami na pole refulacyjne w ilości 33.250 m^3*,
- pismo Zamawiającego z 11 września 2018 r. do Promel z wnioskiem o potwierdzenie prawdziwości pisma przedłożonego na rozprawie 10 września 2018 r.,
- notarialnie poświadczona kopia referencji poświadczenia wystawionego przez Promel na rzecz Przystępującego;

2)w odniesieniu do robót w miejscowości Rybina:

- pismo Zamawiającego z 23 października 2018 r. wzywające Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wskazania inwestora przedmiotowego zadania, oraz uszczegółowienie miejsca wykonywanych prac (np. podanie nr ewidencyjnego działek/działki, na których realizowano roboty budowlane, informacji na temat ewentualnych procedur administracyjnych związanych z koniecznością wydania stosownych decyzji),
- odpowiedź Przystępującego, wskazująca, że zadanie realizował na zlecenie firmy Przedsiębiorstwo Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych Inwestmel Sp. z o.o., zgodnie z zawartą umową wszystkie sprawy administracyjne związane z realizacją zadania należały do zleceniodawcy, Przystępujący nie zna numerów działek ewidencyjnych, na których prace były realizowane, ale z nazwy zadania wynika, gdzie prace były wykonywane i na terenie której gminy, tj. miejscowość Rybina gm. Stegna,
- pismo Zamawiającego do spółki Inwestmel z wnioskiem o potwierdzenie, że EFB Partner był faktycznym wykonawcą robót w zakresie opisanym w liście referencyjnym, przekazanie kserokopii umowy z ww. wykonawcą oraz uszczegółowienie miejsca wykonywanych robót, a w przypadku gdy spółka ta nie była bezpośrednim odbiorcą robót – wskazanie podmiotu, na rzecz którego były one realizowane,
- odpowiedź spółki Inwestmel, potwierdzająca wykonanie robót przez Przystępującego, ze wskazaniem, że zakres prac, miejsce, wartość zadania oraz terminy wykonania zostały podane w liście referencyjnym i kserokopii umowy; do odpowiedzi załączono kserokopię umowy z 25 października 2017 r. oraz protokół odbioru końcowego robót.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

W rozpoznawanej sprawie w odniesieniu do robót dotyczących zbiornika Kamiennik podstawą faktyczną zarzutów były następujące okoliczności: po pierwsze – że Przystępujący nie wykonywał w ramach tego zadania prac jako podwykonawca, po drugie – że prace rekultywacyjne zrealizowane przez Promel (wskazanego przez Przystępującego jako jego zleceniodawca) dotyczyły obszaru nie większego niż 1,2 ha. W odniesieniu do zadania w miejscowości Rybina podstawą faktyczną zarzutów była okoliczność, że na terenie tej miejscowości nie były realizowane prace w zakresie odtworzenia pierwotnych wartości ekologicznych terenu o powierzchni 5,86 ha oraz że

istnieje daleko idąca wątpliwość, czy zadanie takie było w ogóle zrealizowane i nie tylko przez wykonawcę, ale również przez wystawiającą list referencyjny spółkę Inwestmel.

W związku z powyższym przedmiotem orzeczenia Izby mogły być kwestie związane z wykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie w tych aspektach, które były objęte skonkretyzowanymi zarzutami odwołania. Na rozstrzygnięcie sprawy nie mogły mieć natomiast wpływu okoliczności, których Odwołujący nie skonkretyzował w treści odwołania, a co do których podjął polemikę dopiero na rozprawie. Po pierwsze dotyczy to kwestionowania autentyczności podpisu pod referencją wystawioną przez Inwestmel. Pomijając kwestię wątpliwej wartości dowodowej złożonego przez Odwołującego pisma grafologa zatytułowanego *Notatka informacyjna*, niemającego cech opinii, wskazać należy, że autentyczność referencji nie była przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu, nie podlega zatem ocenie Izby. Po drugie, Odwołujący wykroczył poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podnosząc na rozprawie, że w ramach prac na zbiorniku Kamiennik nie wykonano rekultywacji biologicznej, a najwyżej rekultywację mechaniczną. Zauważyć należy, że teza taka oraz okoliczności mające ją potwierdzać nie zostały przedstawione w odwołaniu. Nie sposób zaakceptować stanowiska Odwołującego, który na pytanie Izby o wskazanie w treści odwołania takiego zarzutu odpowiedział, że zarzut taki został podniesiony wszędzie tam, gdzie powołano się na postanowienie punktu IV.1.2 lit. c SIWZ, w którym jest mowa o wymaganiu doświadczenia w rekultywacji biologicznej. Odnosząc się do tego stanowiska stwierdzić należy, że samo odwołanie się do ww. postanowienia SIWZ nie może oznaczać, że Odwołujący kwestionuje każdy z aspektów określonych tym postanowieniem. Wykonawca może nie spełniać wymagań tego postanowienia w różny sposób, czy to z uwagi na wykonanie prac w innym okresie niż wymagany, na innym obszarze, o mniejszej niż wymagana powierzchni, czy też z uwagi na rodzaj wykonanej rekultywacji. Jeśli Odwołujący kwestionuje ten ostatni aspekt, to miał obowiązek sformułować w odwołaniu zarzut, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż doświadczenie na które się powołał obejmuje rekultywację mechaniczną, a nie biologiczną, zobowiązany był również wskazać, że czego taką tezę wywodzi. Tymczasem w odwołaniu brak jest zarówno takiej tezy, jak i wskazania okoliczności uzasadniających jej słuszność. Nie jest dopuszczalne formułowanie zarzutów nieskonkretyzowanych, odwołujących się ogólnie do zakresu doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego i wypełnianie ich treścią dopiero w toku rozprawy. Stanowisko takie z jednej strony zmierza do ominięcia przepisów określających terminy na kwestionowanie czynności zamawiającego, z drugiej – uniemożliwia stronie przeciwnej, nieznającej konkretnego zakresu faktycznego zarzutów, przygotowanie stanowiska i podjęcie inicjatywy dowodowej. W związku z powyższym kwestia tego, czy doświadczenie Przystępującego obejmuje rekultywację biologiczną, czy mechaniczną nie mogła być przedmiotem oceny Izby. W konsekwencji bez znaczenia dla rozpoznania sprawie pozostaje złożony przez Odwołującego na tę okoliczność dowód w postaci opinii eksperta.

Oceniając natomiast sprawę w granicach prawidłowo sformułowanych zarzutów, Izba stwierdziła, że ich zasadność nie została wykazana przez Odwołującego, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu. Podkreślenia wymaga, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, a Izba rozstrzyga sprawę na podstawie materiału dowodowego, przedstawionego przez strony postępowania zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu. Materiał dowodowy zebrany w niniejszej sprawie nie dawał podstaw do uwzględnienia podniesionych zarzutów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- pkt 12: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
- pkt 16: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Odwołujący nie wykazał, że zaistniały podstawy do zastosowania powyższych przepisów.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W ocenie Izby zarzut ten jest chybiony już tylko z tego powodu, że Zamawiający przeprowadził procedurę określoną art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a Odwołujący nie twierdził, że zrobił to bezpodstawnie. W związku z tym nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia tego przepisu ani przez jego niezastosowanie, ani przez niezasadne zastosowanie, natomiast wynik oceny uzupełnionych dokumentów może podlegać ocenie w kontekście przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do prac dotyczących zbiornika Kamiennik stwierdzić należy, że Zamawiający podjął szereg czynności zmierzających do ustalenia, czy Przystępujący posiada wymagane doświadczenie. Nie znajduje zatem potwierdzenia w dokumentacji postępowania teza, jakoby Zamawiający pozostał bierny i zaniechał czynności zmierzających do wyjaśnienia wątpliwości.

W odniesieniu do podniesionego w odwołaniu zarzutu, że Przystępujący nie wykonywał w ramach tego zadania prac jako podwykonawca, stwierdzić należy, że zostało wykazane, iż udział Przystępującego w tym zadaniu jako podwykonawcy, nie został zgłoszony inwestorowi. Jak jednak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 1720/18, okoliczność ta nie stanowi sama w sobie podstawy do stwierdzenia, że Przystępujący mimo braku zgłoszenia nie wykonał tych robót. W ocenie Izby w świetle zgromadzonych przez Zamawiającego informacji nie można stwierdzić, że Przystępujący nie wykonał prac dotyczących zbiornika Kamiennik. Z jednej strony ustalony został fakt braku wiedzy inwestora o Przystępującym jako podwykonawcy, z drugiej – Zamawiający dysponuje potwierdzeniem firmy Promel, że Przystępujący wskazane w wykazie prace wykonał, przedstawiono mu także Raport końcowy z pomiarów batymetrycznych sporządzony na zlecenie Przystępującego, przedstawiający etapy prowadzonych prac wraz z obliczeniami pojemności zbiornika. W odniesieniu do powierzchni objętej robotami Zamawiający dysponuje sprzecznymi informacjami. Firma Promel nie odpowiedziała na pismo Zamawiającego z 11 września 2018 r. dotyczące rozbieżności w zakresie powierzchni objętej robotami, jednak przedstawiony przez Przystępującego raport z pomiarów batymetrycznych potwierdza, że w projekcie powierzchnię zbiornika określono na 4,90 ha, przy czym obszar robót

dotyczył powierzchni 3,18 ha (pozostały obszar to zarośla wodne). Przyjmując jednak nawet, że istnieją wątpliwości w odniesieniu do prac dotyczących zbiornika Kamiennik i powierzchni, której te prace dotyczyły, zauważyć należy, że na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedłożył nowy wykaz robót, obejmujący zadanie *Odtworzenie pierwotnych wartości ekologicznych terenu o pow. 586h, położonego w miejsc. Rybina*. Zaznaczenia wymaga, że w ramach warunku udziału w postępowaniu wystarczające było wykazanie się realizacją jednego zadania.

W odniesieniu do zadania przedstawionego w uzupełnionym wykazie robót podstawą faktyczną zarzutów była okoliczność, że na terenie tej miejscowości nie były realizowane prace w zakresie odtworzenia pierwotnych wartości ekologicznych terenu o powierzchni 5,86 ha oraz że istnieje daleko idąca wątpliwość, czy zadanie takie było w ogóle zrealizowane i nie tylko przez wykonawcę, ale również przez wystawiającą list referencyjny spółkę Inwestmel. Jednocześnie Odwołujący ograniczył się w odwołaniu do stwierdzenia, że dotarł do jednostek samorządowych i instytucji państwowych, które zaprzeczają aby na terenie miejscowości Rybina, gmina Stegna były prowadzone jakiekolwiek prace w zakresie odtworzenia pierwotnych wartości ekologicznych terenu o powierzchni 5,86 ha oraz że przedłoży na rozprawie odpowiedzi od instytucji, do których wystąpił z prośbą o informację w sprawie tego typu zadania na terenie miejscowości Rybina, gdyż w chwili złożenia odwołania nie dysponuje jeszcze odpowiedziami. Podczas rozprawy Odwołujący przedłożył pismo zastępcy wójta gminy Stegna oraz zastępcy dyrektora w Państwowym Gospodarstwie Wodnym Wody Polskie, jak również oświadczenie sołtysa Rybiny i stwierdził, że firma Inwestmel wykonała na tym zbiorniku inny zakres robót niż rekultywacyjny. Odnosząc się do tych dowodów stwierdzić należy, że złożone pisma mogą świadczyć jedynie o tym, że prace nie były realizowane na rzecz tych podmiotów (gdyż tylko w takim aspekcie podmioty te mogły się wiążąco wypowiadać). Zamawiający natomiast dysponuje umową z 25 października 2017 r. zawartą między firmą Inwestmel a Przystępującym, której przedmiotem jest odtworzenie pierwotnych wartości ekologicznych terenu o powierzchni 5,86 ha, położonego w miejscowości Rybina, gmina Stegna, woj. Pomorskie (§ 1 umowy) oraz protokołem końcowego odbioru robót wykonanych na podstawie tej umowy. Ponadto Przystępujący złożył na rozprawie kopie faktur wystawionych w związku z wykonaniem tej umowy oraz dowody zrealizowania płatności. Wobec informacji uzyskanych przez Zamawiającego oraz dowodów przedstawionych przez Przystępującego brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu czy też wprowadził Zamawiającego w błąd. Pisma złożone przez Odwołującego nie stanowią w tym zakresie wystarczającego dowodu przeciwnego, w związku z czym brak jest podstaw do stwierdzenia, że zasadność zarzutu została wykazana.

Wobec niewykazania przez Odwołującego, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 z późn. zm.). Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego wnioskowanych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, Zamawiający bowiem nie złożył rachunku, którego złożenie jest wymogiem wynikającym z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:……..