

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier - Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ILF Consulting Engineers Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15 B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Chrzanów, 32 – 500 Chrzanów, Aleja Henryka 20**, protestu z dnia **25 lutego 2010 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Realizacji Inwestycji INWESTOR spółki cywilnej J. Bar, J. Gajek, W. Strzałkowski, 41 – 310 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża ILF Consulting Engineers Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15 B i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ILF Consulting Engineers Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15 B**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ILF Consulting Engineers Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15 B**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Chrzanów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wyłonienie wykonawcy w przedmiocie Pełnienie funkcji Inżyniera Nadzoru (Inżyniera Kontraktu) nad realizacją zadania: „Budowa obwodnicy ptn. – wsch. Chrzanowa” – etap II; Nr sprawy: ZP.341.PN-34/09/U, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02 października 2009 roku pod numerem 2009 /S 190 -273620.

W dniu 25 lutego 2010 roku Wykonawca: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (dalej „ILF” lub „Odwołujący”) wniósł protest wobec czynności Zamawiającego „uznania za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c. Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski (dalej: INWESTOR s.c.) i dokonania

wyboru oferty tego wykonawcy”, oraz zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 91 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp” lub „Ustawy”), poprzez uznanie za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru oferty złożonej przez INWESTOR s.c., pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia oferty podlegającej odrzuceniu,
- art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 punkt 3 Ustawy poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny oferty złożonej przez INWESTOR s.c. w zakresie spełniania przez tego wykonawcę kryteriów i warunków udziału w postępowaniu, a więc zgodności i kompletności złożonej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Ustawy poprzez przyjęcie, że INWESTOR s.c. spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 1 pkt. 10 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie wykluczenia INWESTOR s.c. z postępowania, mimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem oraz nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie wykluczenia INWESTOR s.c., skutkującego odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odwołujący wnosil o dokonanie przez Zamawiającego „powtórnej oceny oferty złożonej przez INWESTOR s.c., wykluczenie INWESTOR s.c. i odrzucenie oferty tego wykonawcy. Odwołujący wniósł również o dokonanie przez Zamawiającego „wyboru oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu.”

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż:

Po pierwsze: Oferta złożona przez INWESTOR s.c. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie może zostać uznana jako najkorzystniejsza, albowiem INWESTOR s.c. nie złożył dokumentu polisy spełniającej wymagania Zamawiającego. W ocenie Odwołującego zgodnie z dokumentem polisy załączonym do oferty przez INWESTOR s.c. ubezpieczenie wynosi 1.000.000 zł, ale na wszystkie zaistniałe wypadki w okresie ubezpieczeniowym, natomiast na każdy osobny wypadek suma ubezpieczenia wynosi 500.000 zł. Tym samym w przypadku zaistnienia szkody przekraczającej kwotę 500.000 zł zostanie ona pokryta na podstawie powyższego ubezpieczenia jedynie do kwoty 500.000 zł. Tak samo w przypadku zaistnienia kilku szkód, każda szkoda może zostać pokryta jedynie

do wysokości 500.000 zł. A więc gdyby, przykładowo, nastąpiły dwie szkody o wartości: 200.000 i to druga szkoda jedynie 800.000, zostanie pokryta w wysokości 500.000 zł. Oznacza to de facto, że INWESTOR s.c. zawarł umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności z ograniczeniem do wysokości 500.000 zł i tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Załączony do oferty Certyfikat wystawiony w dniu 29 maja 2009 r. potwierdzający ubezpieczenie do wysokości 1.000.000 zł za wszelkie szkody wynikłe w czasie prowadzenia działalności potwierdza jedynie zawarcie takiego ubezpieczenia nie wyłączając postanowień zawartych w polisie, dotyczących podlimitu w wysokości 500.000 zł. Polisa jest zawsze traktowana jako dokument szczególny w stosunku do ogólnych warunków, a Certyfikat informuje jedynie, że Ogólne Warunki nie zawierają postanowień dodatkowo ograniczających zakres ubezpieczenia wykonawcy.

Powyższa argumentacja - w ocenie Odwołującego - potwierdza, że INWESTOR s.c. nie spełnia wymogu określonego w SIWZ. To z kolei oznacza, iż INWESTOR s.c. nie znajduje się w wymaganej na podstawie SIWZ sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, co, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy pzp, powinno skutkować wykluczeniem INWESTOR s.c. z postępowania, a w związku z tym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy pzp.

Po drugie: Oferta złożona przez INWESTOR s.c. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, ze względu na brak wiedzy spełnienia warunku posiadania niezbędnej i doświadczenia. INWESTOR s.c. nie posiada wymaganego na podstawie SIWZ doświadczenia

w świadczeniu usług Inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu) na zadaniu inwestycyjnym realizowanym według zasady „zaprojektuj i wybuduj”.

W ocenie Odwołującego wykazane przez Wykonawcę INWESTOR s.c. doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem:

Referencja wskazana w pkt. 1 - SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. ul. Koksownicza 16, 42-523 Dąbrowa Górnicza: informuje o pełnieniu funkcji inwestora zastępczego i inspektora nadzoru przy budowie zakładu termicznej utylizacji odpadów w Dąbrowie Górniczej w latach 2000-30.09.2009.

Odwołujący po dokonaniu analizy złożonych w ofercie INWESTOR s.c. dokumentów dotyczących inwestycji budowy wraz z rozbudową zakładu termicznego SARPI realizowanego w latach 2000 - 2009 podniósł, że:

- zakład termicznej utylizacji odpadów został wybudowany i oddany do użytkowania w kwietniu

2003 r., koszt całej inwestycji wyniósł ok. 70 mln zł (załącznik nr 1) – Odwołujący powołał się w tym miejscu na załącznik, jednakże protest takiego załącznika nie zawiera, załącznik ten został złożony na rozprawie,

- inwestorem w niniejszym przedsięwzięciu była firma LOBBE Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o.

- zakład termicznej utylizacji odpadów został sprzedany przez firmę LOBBE Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. firmie SARPI w 2005 r. (załącznik nr 2) – Odwołujący powołał się w tym miejscu na załącznik, jednakże protest takiego załącznika nie zawiera, załącznik ten został złożony na rozprawie,

- zakład był wielokrotnie modernizowany i rozbudowywany (źródło:

<http://www.sarpi.pl/inwestycje-zrealizowane.DhP> i inne ogólnodostępne strony internetowe).

W ocenie Odwołującego INWESTOR s.c. nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w pkt. VII.2.2). SIWZ, ponieważ:

- firma SARPI nie jest upoważniona do wystawiania referencji za usługę która była wykonywana w latach 2000 - 2005 r. tj. w okresie kiedy właścicielem i inwestorem wszelkich inwestycji była firma LOBBE Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. Firma SARPI nie mogła więc być zlecającym usługę, a tylko zlecający może właściwie ocenić należyte jej wykonanie,

- zakład termicznej utylizacji odpadów przemysłowych został wybudowany, a następnie wielokrotnie modernizowany i rozbudowywany w oparciu o więcej niż jedną decyzję pozwolenia na budowę, błędem byłoby więc traktowanie tych wielu zdarzeń jako jedną inwestycję,

- koszt budowy zakładu termicznej utylizacji odpadów wyniósł w latach 2000 - 2003 ok. 70 mln brutto tj. ok. 57 mln netto przyjmując 22% stawkę podatku VAT, Odejmując koszt budowy zakładu od kosztu budowy wraz z modernizacją przedstawiony przez INWESTOR s.c.

otrzymujemy kwotę ok. 12,7 mln netto wydaną w latach 2003 – 2009, jest to kwota znacząco niższa od wymaganej przez Zamawiającego,

- umowa na usługę nadzoru nad robotami nie mogła być zrealizowana w oparciu o jedną umowę na usługę obejmującą okres z referencji (2000 - 09.2009) biorąc pod uwagę powyżej przedstawione fakty, tj. dwóch różnych właścicieli zakładu (inwestorów) oraz mnogość inwestycji.

Referencja wskazana w pkt 2: POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. ul. Czackiego 15/17, 00-950

Warszawa; informuje o pełnieniu funkcji inspektora nadzoru przy modernizacji Wydziału Produkcji

Węglipochodnych w Koksowni PRZYJAŻŃ w Dąbrowie Górniczej w latach 2006 - 2009.

Odwołujący po dokonaniu analizy złożonych w ofercie INWESTOR s.c. dokumentów dotyczących inwestycji: modernizacji Wydziału Produkcji Węglipochodnych w Koksowni PRZYJAŻŃ w Dąbrowie Górniczej realizowanej w latach 2006 - 2009 podniósł, że:

- dokonując weryfikacji przedstawionej referencji należy zwrócić uwagę na jej wystawcę. Firma POLIMEX - MOSTOSTAL SIEDLCE S.A. była na przedmiotowym przedsięwzięciu wykonawcą robót budowlanych wybraną w drodze przetargu zgodnie z informacją potwierdzoną na stronie internetowej inwestora Koksowni PRZYJAŻŃ (załącznik nr 3) – Odwołujący powołał się w tym miejscu na załącznik, jednakże protest takiego załącznika nie zawiera. Ponieważ, co do zasady wystawcą referencji jest podmiot który roboty zlecał, bowiem tylko on jako ich odbiorca może ocenić jakość ich wykonania, należy przyjąć, iż INWESTOR s.c. działał z upoważnienia wykonawcy robót będąc jego personelem (podwykonawcą) czyli de facto dla inwestora KOKSOWNI PRZYJAŻŃ był wykonawcą robót. Tym samym INWESTOR s.c. nie mógł nabyć doświadczenia w sprawowaniu funkcji inspektora nadzoru lub Inżyniera Kontraktu, ponieważ zgodnie z art. 25 Prawa budowlanego nie reprezentował inwestora na budowie, oraz nie mógł

spełnić wymogu posiadania doświadczenia stosowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj” polegającego na weryfikowaniu dokumentacji projektowej wykonawcy pod kątem zgodności z wymaganiami inwestora, albowiem jako podwykonawca POLIMEXU zabezpieczał interes wykonawcy robót,

- zgodnie z oświadczeniem INWESTORA s.c. okres realizacji inwestycji i/lub umowy zakończył się w dniu 09.2009 r., tymczasem referencja datowana jest na dzień 30.03.2009 r. w ocenie Odwołującego referencja została wystawiona w trakcie trwania inwestycji i/lub umowy - tym samym nie stanowi ona potwierdzenia należytego wykonania zakończonej usługi.

W ocenie Odwołującego przedmiotowa referencja nie potwierdza spełniania wymagań Zamawiającego. Brak doświadczenia w sprawowaniu funkcji inspektora nadzoru oznacza niespełnienie warunku doświadczenia określonego przez Zamawiającego w pkt. VII.2.2). SIWZ, w którym wskazano, iż jest wymagane, aby wykonawca „wykonał (zakończył) co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu)...”.

Powyższa argumentacja - w ocenie Odwołującego - potwierdza, że INWESTOR s.c. nie spełnia ww. wymogu SIWZ. To z kolei oznacza, iż INWESTOR s.c. nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia, co, na podstawie art. 24 ust.1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, powinno skutkować wykluczeniem INWESTOR s.c. z postępowania, a w związku z tym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy.

Po trzecie: Oferta złożona przez INWESTOR s.c. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie może zostać uznana za najkorzystniejszą

ze względu na niedysponowanie przez INWESTOR s.c. osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego wskazane się przez Wykonawcę INWESTOR s.c. w ofercie osoby na stanowisko Inspektor Robót Budowlanych tj.: Panów Tadeusza C, Andrzeja N i Adama G nie potwierdzają spełnianie przez tegoż wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, bowiem:

- a) Pan Tadeusz C z błędnie przypisanymi numerami uprawnień w załączniku nr 3 do oferty (podano OIK zamiast 27/2001) 4-9301/83/99 nie wykazał się nadzorowaniem w ostatnich pięciu latach co najmniej dwóch obiektów, ponieważ zapis „nadzorował w ciągu ostatnich pięciu lat m.in.” jest zapisem zbyt ogólnym nie pozwalającym na weryfikację prawdziwości oświadczenia - brak jednoznacznego określenia, iż nadzór oznacza funkcję inspektora nadzoru zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm. - dalej jako Prawo budowlane) i dokładnego czasookresu budowy.
 - b) Pan Andrzej N posiada uprawnienia budowlane do kierowania budową dróg, nawierzchni lotniskowych, typowych przepustów i mostów o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Są to więc uprawnienia z ograniczeniami, natomiast Zamawiający oczekiwał uprawnień bez ograniczeń. Ponadto należy podkreślić, że przedmiotem postępowania jest budowa obwodnicy w systemie „zaprojektuj i wybuduj” i nie można wykluczyć zaprojektowania przez wykonawcę robót budowlanych rozwiązań konstrukcyjnych, których uprawnienia Pana Andrzeja Nowaka nie obejmują. Ponadto należy podkreślić, iż określenie „nadzorował” podane w kolumnie 4 załącznika nr 3 nie jest precyzyjne i nie potwierdza, iż Pan N pełnił funkcję inspektora nadzoru zgodnie z Prawem budowlanym.
 - c) Pan Adam G wykazał się nadzorowaniem nad modernizacją Wydziału Produkcji Węglipochodnych w Koksowni PRZYJAŻŃ, INWESTOR s.c. był członkiem zespołu generalnego wykonawcy robót budowlanych. Tak więc Pan Adam G nie mógł, zgodnie z Prawem budowlanym, pełnić funkcji inspektora nadzoru. Ponadto w doświadczeniu zawodowym określono, iż w trakcie modernizacji Koksowni PRZYJAŻŃ Pan Adam G nadzorował budowę 6 estakad i mostów o rozpiętości do 45 m. Biorąc pod uwagę specyfikę Koksowni jako zamkniętego zakładu produkcyjnego oraz treść dołączonych referencji (zapis o estakadach ma brzmienie: „konstrukcje stalowe estakady o rozpiętości mostów do 45 m”) należy wnioskować, iż przedmiotowe estakady i mosty pełnią funkcję komunikacyjną dla ruchu pieszego i/lub technologiczną dla np. podwieszenia rurociągów lub suwnic. Trzeba zaznaczyć, iż estakada według słownika wyrazów obcych W. Kopalińskiego to również tor suwnicy przeładunkowej. Tak więc estakada na terenie
-

Koksowni nie wypełnia stosowanej w drogownictwie definicji estakady według GDDKiA, gdzie estakada to „obiekt służący do zapewniania komunikacji drogowej nad przeszkodą inną niż przeszkoda wodna, drogowa lub linia kolejowa - źródło STWIORB wydane przez GDDKiA. Oznacza to, że wykazane doświadczenie nie odpowiada specyfice istoty przedmiotu zamówienia, jakim jest budowa obwodnicy użytkowanej przez ciężkie pojazdy samochodowe. Ponadto należy podkreślić, iż określenie „nadzorował” podane w kolumnie 4 załącznika nr 3 nie jest precyzyjne i nie potwierdza, iż Pan Adam G pełnił funkcję inspektora nadzoru zgodnie z Prawem budowlanym. W ocenie Odwołującego, Pan Adam G nie wykazał się odpowiednim doświadczeniem.

Odwołujący podniósł również, że doświadczenie zawodowe wskazane w kolumnie 4 „Wykazu osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia” (str. 29 i następne oferty) dla Pana Andrzeja K, Pani Krystyny O, Pana Wiesława S, Pana Jarosława G zostało określone nieprecyzyjnie poprzez użycie sformułowania „nadzorował/nadzorowała”,

nie potwierdzając tym samym w ocenie Odwołującego, wymagania Zamawiającego o *pełnieniu funkcji inspektora nadzoru zgodnie z Prawem budowlanym.*

Powyższa argumentacja - w ocenie Odwołującego - potwierdza, iż wskazane wyżej osoby zaproponowane przez INWESTOR s.c. nie spełniają ww. wymogów SiWZ. To z kolei oznacza, iż INWESTOR s.c. nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 wzw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, powinno skutkować wykluczeniem INWESTOR s.c, a w związku z tym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy.

W ocenie Odwołującego, uwzględniając powyższe argumenty, czynność wyboru oferty Wykonawcy INWESTOR s.c. w przedmiotowym postępowaniu *stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny składanych ofert w zakresie spełniania kryteriów i warunków udziału w postępowaniu, a więc zgodności i kompletności składanych ofert ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.*

Dnia 26 lutego 2010 roku do postępowania protestacyjnego, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c. Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski, ul. Jaworowa 2, 41-310 Dąbrowa Górnicza (dalej: Przystępujący” lub „INWESTOR s.c.”) wniósł o oddalenie protestu w całości uzasadniając, że posiada interes prawny, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a następnie w dniu 3 marca 2010 roku Przystępujący przekazał Zamawiającemu

„Uzasadnienie do przyłączenia do protestu po stronie Zamawiającego” (dalej: „Uzasadnienie).

W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący podniósł, iż żadne z argumentów wskazanych w proteście nie zasługują na uwzględnienie i tak:

- 1) w zakresie wykazania się przez Wykonawcę ubezpieczeniem od cywilnej w zakresie gospodarczej odpowiedzialności prowadzonej działalności o minimalnej wartości 1 000 000,00 zł – został warunek spełniony, ponieważ nie było żadnych dodatkowych wymagań określonych w zakresie tegoż warunku przez Zamawiającego;
- 2) w zakresie wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem poprzez wykazanie się realizacją co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu) dla zadania inwestycyjnego o wartości robót co najmniej 50 000 000,00 zł realizowanego wg zasady „zaprojektuj i wybuduj” lub wg warunków FIDIC żółty – został ten warunek przez Przystępującego spełniony, ponieważ:
 - zmiany stosunków własnościowych nie spowodowały zmiany założeń inwestycyjnych, a spółka SARPI jako następca prawny przyjął pełnię praw i zobowiązań kontynuując proces inwestycyjny, dodatkowo pion techniczny – inwestycyjny nie uległ zmianie, ta sama osoba nadal pełniła funkcje Dyrektora Technicznego później Operacyjnego, w której gestii było między innymi wydawanie referencji; Przystępujący podniósł, iż nietrafiony jest zarzut wydania w ramach inwestycji kilku pozwoleń na budowę, gdyż brak jest ograniczeń prawnych zabraniających wydawania więcej niż jednego pozwolenia na budowę dla całej inwestycji;
 - w zakresie referencji wystawionej przez firmę POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. Przystępujący wskazał, iż to umowa na realizację zadania „Modernizacja Wydziału Produkcji Węglipochodnych” w Koksowni PRZYJAŻŃ w Dąbrowie Górniczej w latach 2006 - 2009 r., której wykonawcą było

konsorcjum firm POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. Warszawa oraz PIECEXPORT – PIECBUD S.A. w Dąbrowie Górniczej nakładała na wyżej wymienione Konsorcjum obowiązek zapewnienia nadzoru inwestorskiego – na okoliczność tą Przystępujący załączył do „Uzasadnienia” wyciąg z umowy nr 302/2005 zawartej pomiędzy POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. a Przystępującym w przedmiocie pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją umowy z dnia 22 listopada 2005 roku na Modernizację Wydziału Produkcji Węglipochodnych w Koksowni PRZYJAŻŃ w Dąbrowie Górniczej, której Stronami są Koksownia PRZYJAŻŃ Sp. z o.o. jako Zamawiający oraz .Konsorcjum, w skład którego wchodzi POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. jako Wykonawca. Odwołujący poinformował również, iż posiada List Referencyjny datowany na 7 grudnia 2009 roku wystawiony przez inwestora tj. Koksownię PRZYJAŻŃ Sp. z o.o., który potwierdza termin wykonania usługi, wartość zadania inwestycyjnego (401 861 368,00 zł netto) wartość usługi wykonywanej przez Przystępującego – nadzór inwestorski zgodnie z art. 42 ust 2 ustawy Prawo budowlane oraz rozliczenie nakładów inwestycyjnych – na okoliczność tą Przystępujący załączył

do „Uzasadnienia” kserokopię Listu Referencyjnego. Przystępujący wskazał również w Uzasadnieniu, iż w Specyfikacji oraz w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.), nie zostało określone, kto jest uprawniony do wystawiania referencji, a więc działanie Odwołującego, który na własny użytek rozstrzyga kto jest uprawniony do wystawiania referencji nie jest uprawnione;

Przystępujący podniósł, w obliczu powyższego uzasadnienia, bezzasadność protestu oraz wskazał, iż w jego ocenie działania Zamawiającego w zakresie badania oferty były staranne;

3) w zakresie wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – został w ocenie Przystępującego warunek spełniony, ponieważ:

- wykazanie pełnienia funkcji jakich wymagał Zamawiający określone zostało na czas ostatnich 5 lat licząc od daty składania ofert, w ocenie Przystępującego Zamawiający nie określił w Specyfikacji wymagania co do podania dokładnych dat pełnienia poszczególnych funkcji a więc nieuprawnione jest wskazywanie zawartego w proteście zastrzeżenia w tym przedmiocie,
- Przystępujący podniósł, iż w zakresie wykazania się dysponowaniem osobą pełniącą funkcję Inspektora Robót Budowlanych – specjalista Zamawiający wymagał wykazania się posiadaniem 1 (jednej) takiej osoby, natomiast Przystępujący podał alternatywnie 3 osoby, i tak:

- dla Pana Tadeusza C - poprawny numer uprawnień jaki powinien zostać wskazany w załączniku nr 3 do oferty to 27/2001 z dnia 8 stycznia 2001 – potwierdza spełnienie warunku,
- dla Pana Andrzeja N - został spełniony wymóg posiadania uprawnień budowlanych, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – upoważnienie do nadzorowania robót budowlanych w zakresie co najmniej mostów, Zamawiający nie zobowiązał Wykonawców aby osoby z wcześniej wydanymi uprawnieniami budowlanymi posiadały je w zakresie bez ograniczeń – potwierdza spełnienie warunku,
- dla Pana Adama G – posiada wymagane doświadczenie, Przystępujący uzasadnił to poprzez odwołanie się do § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.) ponieważ, Zamawiający może żądać od Wykonawców wykazania się zrealizowanymi usługami odpowiadającymi swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Opierając się na tym należy wskazać, iż zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych klasa 2141 (mosty, wiadukty i estakady)

oraz Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie Klasyfikacji Środków Trwałych w grupie 2, podgrupie 22, rodzaj 223 obejmuje:

- mosty drogowe i kolejowe z wszelkiego rodzaju materiału (metalowe, betonowe itp.), mosty ruchome, wiadukty, mosty na drogach wiejskich i leśnych, mosty dla pieszych, kładki, mostki, włączając konstrukcję dróg na tych obiektach, wraz z instalacjami oświetlenia, sygnalizacji, bezpieczeństwa i postoju,
- budowle podziemne przeznaczone do ruchu drogowego, kolejowego i pieszego,

wraz instalacjami oświetlenia, sygnalizacji, bezpieczeństwa i postoj.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu do dnia 09 marca 2010 roku, tak więc zgodnie z treścią art. 183 ust 3 ustawy w związku z art. 183 ust.1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz.1655 ze zm.) – brak rozstrzygnięcia protestu w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu tj. do 27 lutego 2010 roku – uznaje się za jego oddalenie.

Dnia 18 marca 2010 roku wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. *art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez uznanie za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c. Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski (dalej jako **INWESTOR s.c.**), pomimo niespełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia oferty podlegającej odrzuceniu,*
2. *art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 punkt 3 Ustawy poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny oferty złożonej przez INWESTOR s.c. w zakresie spełniania przez tego wykonawcę kryteriów i warunków udziału w postępowaniu, a więc zgodności i kompletności złożonej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,*
3. *art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Ustawy poprzez przyjęcie, że INWESTOR s.c. spełnia warunki udziału w postępowaniu,*
4. *art. 24 ust. 1 pkt. 10 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie wykluczenia INWESTOR s.c. z postępowania, mimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem oraz nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,*

-
5. *art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie wykluczenia INWESTOR s.c. skutkującego odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.*

Odwołujący wniósł w odwołaniu o: „Uwzględnienie odwołania, uchylenie rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na oddaleniu protestu, nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą i wyborze oferty złożonej przez INWESTOR s.c.,
- dokonania powtórnej oceny ofert, wykluczenia INWESTOR s.c. i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu,

a także zasądzenie na rzecz Wykonawcy poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie zawarte w Odwołaniu jest tożsame z uzasadnieniem zawartym w proteście.

6 marca 2010 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INWESTOR s.c. Jerzy Bar, Jarosław Gajek, Wiesław Strzałkowski, ul. Jaworowa 2, 41-310 Dąbrowa Górnicza – przystąpienie wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 6 kwietnia 2010 roku. Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. 2 października 2009 roku, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych

ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, dowód ze stanowisk oraz oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu, a także dowody złożone przez pełnomocnika Odwołującego w trakcie prowadzonej rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

1. Zamawiający w punkcie VII Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ppkt 3 opisał warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę pozostawania w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia poprzez posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości minimum 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych) oraz w punkcie VIII ppkt 10 specyfikacji zobowiązał Wykonawców do przedłożenia na potwierdzenie spełnienia określonego warunku polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 1 000 000,00 zł.

Stawiany przez Odwołującego zarzut w zakresie niespełnienia warunku posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej przez wykonawcę INWESTOR s.c. w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Ukształtowany przez ustawodawcę a dookreślany przez Zamawiającego w Specyfikacji warunek ma na celu potwierdzenie, iż Wykonawca posiada potencjalną zdolność finansową do realizacji danego zamówienia poprzez dysponowanie określonej wysokości ubezpieczeniem. Zamawiający nie sprecyzował w warunku do ilu zdarzeń i na jaką kwotę danego zdarzenia ma opiewać polisa lub inny dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o minimalnej wartości 1 000 000,00 zł, nie sprecyzował tym samym żadnych dodatkowych obostrzeń warunku. Skoro Specyfikacja nie zawiera takich wymagań / obostrzeń a warunek został wyrażony w sposób jednoznaczny i nie stwarzający możliwości rozbieżnych interpretacji (w innym przypadku wykonawcy dysponowali możliwością weryfikacji warunku poprzez złożenie wniosku o wyjaśnienia bądź skorzystania ze środków ochrony prawnej),

to stał on się wiążący zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zważyła, iż ocena spełnienia tegoż warunku przez Zamawiającego nie mogła być oparta na szerszej interpretacji zapisów warunku, a tym samym została dokonana właściwie. Izba jednocześnie wskazuje, iż ubezpieczenie jakim miał wykazać się wykonawca nie służy ubezpieczeniu konkretnej inwestycji, stanowi ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

2. Zamawiający w punkcie VII Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ppkt 2, 2) opisał warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykazanie się doświadczeniem – w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, iż wykonawca wykonał (zakończył) co najmniej jedną usługą polegającą na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu) dla zadania inwestycyjnego o wartości robót co najmniej 50 000 000,00 zł realizowanego wg zasady „zaprojektuj i wybuduj” lub wg warunków FIDIC żółty oraz w punkcie VIII ppkt 9 Specyfikacji zobowiązał Wykonawców, do przedłożenia na potwierdzenie spełnienia określonego warunku, wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców,

oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie; Zamawiający wskazał do sporządzenia wykazu Załącznik nr 4 do specyfikacji.

Izba ustaliła, iż wykonawca INWESTOR s.c. w ofercie wykazał się doświadczeniem uzyskanym przy realizacji dwóch zadań, tj:

- 1) „Budowa zakładu termicznej utylizacji odpadów przemysłowych i niebezpiecznych oraz rozbudowa zakładu wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w „SARPI” Dąbrowa Górnicza” w latach 2000 - 30.09.2009 r, na kwotę 85 042 540,00 zł brutto; Referencja wystawiona przez SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. ul. Koksownicza 16, 42-523 Dąbrowa Górnicza,
- 2) „Modernizacja Wydziału Produkcji Węglopochodnych” w Koksowni PRZYJAŹŃ w Dąbrowie Górniczej w latach 2006 - 2009 r. na kwotę 488 000 000,00 zł brutto; Referencja wystawiona przez POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa.

Zamawiający poprzez ukształtowany w Specyfikacji warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykazania się co najmniej jedną usługą polegającą na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu) dla zadania inwestycyjnego o wartości robót co najmniej 50 000 000,00 zł realizowanego wg zasady „zaprojektuj i wybuduj” lub wg warunków FIDIC żółty.

Odniesienie w warunku do funkcji Inżyniera Kontraktu wymaga podkreślenia - jak podniósł to w wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 roku Sąd Okręgowy w Warszawie sygn. akt: V Ca 538/08 – *iz warunki kontraktowe FIDIC nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego, stanowią jedynie wzorzec umowy opracowany przez prywatne stowarzyszenie – Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów z siedzibą w Genewie. Wzorzec ten staje się treścią umowy zawartej pomiędzy stronami kontraktu tylko w przypadku odniesienia się do tego wzorca przez obie strony w umowie. (...) Ponadto nie można tracić z pola widzenia tej okoliczności, iż ponieważ jak to uprzednio wskazano warunki te są jedynie wzorcem umownym to jak każdy tego rodzaju wzorzec mogą one być modyfikowane przez strony kontraktu. W ocenie Sądu brak jest podstaw do odmówienia stronom prawa do dokonania takiej modyfikacji.”*

Ustawodawca w ustawie Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 roku (Dz. U. nr 156 poz. 1118 – tekst jednolity z dnia 17 sierpnia 2006 r. z późn. zm.) (dalej: „Prawo budowlane”) określa co też ustawodawca rozumie pod pojęciem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. W katalogu tychże funkcji, w art. 17 pkt 2 Prawa budowlanego, została ukonstytuowana funkcja Inspektora Nadzoru Inwestorskiego.

W kontekście powyższego, warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który określił Zamawiający odnosi się zarówno do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru jak i funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego o wartości robót co najmniej 50 000 000,00 zł realizowanego odpowiednio: wg zasady „zaprojektuj i wybuduj” lub wg warunków FIDIC żółty. W ocenie Izby, konstrukcja warunku zawarta w Specyfikacji nie jest wadliwa, nie narusza zasad zamówień publicznych oraz jest czytelna. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia sprowadza się do zbadania przez Zamawiającego, czy też wykonawca legitymuje się doświadczeniem realizacji usługi w *pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu) dla zadania inwestycyjnego o wartości robót co najmniej 50 000 000,00 zł realizowanego wg zasady „zaprojektuj i wybuduj” lub wg warunków FIDIC żółty*, poprzez uwzględnienie wykazanego doświadczenia w pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru jakiej zakres wynika z Prawa budowlanego oraz uwzględnienia doświadczenia pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu jakiej zakres ukształtowany został poprzez zawarcie kontraktu opartego na wzorcach warunków kontraktowych FIDIC.

Legitymacja spełnienia warunku wynikać będzie z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w „Wykazie wykonanych robót” oraz referencjach przedłożonych wraz z wykazem. Nadmienić w tym miejscu należy, iż Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie może dokonywać wykładni tegoż warunku w sposób zawężający w chwili dokonywania oceny ofert.

Wykonawca INWESTOR s.c. w złożonej ofercie przedłożył w załączeniu do „Wykazu wykonanych robót” dwie referencje.

Referencja wystawiona przez spółkę SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ulicy Koksowniczej 16, która dotyczy udziału wykonawcy INWESTOR s.c. w realizacji inwestycji „Budowa zakładu termicznej utylizacji odpadów przemysłowych i niebezpiecznych oraz rozbudowa zakładu wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w „SARPI” Dąbrowa Górnicza”, gdzie wykonawca INWESTOR s.c. pełnił funkcję inwestora zastępczego i nadzoru inwestorskiego w ocenie Izby potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Charakterystyka funkcji Inwestora Zastępczego nie została zdefiniowana w Prawie budowlanym, jednakże na podstawie opracowań i praktyki oraz w zakresie przedmiotowej sprawy, można zdefiniować pojęcie to następująco: *oznacza osobę inną niż Zamawiający, sprawującą na mocy pełnomocnictwa, udzielonego tej osobie przez Zamawiającego całość lub część czynności Inwestora przewidzianych w art. 18 Rozdziału 3 (Prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego) Prawa Budowlanego.* W wyroku Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 12 grudnia 2007 roku sygn. akt V CSK 333/07 czytamy: *Tego rodzaju umowy (inwestor zastępczy), jakkolwiek w obecnym stanie prawnym nie należą do katalogu umów nazwanych, są często zawierane w obrocie, można zatem określić je mianem umownego „typu empirycznego”. Umowa o zastępstwo inwestorskie ma charakter umowy kompleksowej, która obejmuje wiele zobowiązań częściowych o różnym charakterze, podporządkowanych łącznie realizacji jednego, nadrzędnego celu. Inwestor zastępczy działa w procesie budowlanym w imieniu inwestora bezpośredniego, a więc strony zamawiającej określone roboty budowlane (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 września 1988 r., III AZP 13/88, OSNCP 1989 nr 11, poz. 184). Funkcją inwestora zastępczego, działającego jako podmiot wyspecjalizowany, jest wyłączenie inwestora bezpośredniego przy realizacji i nadzorowaniu przebiegu robót budowlanych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 1998 r., II CKN 835/97, OSNC 1998, nr 12Z, poz. 225).* Podnieść należy w tym miejscu, iż definicja / funkcja Inwestora Zastępczego mieści się również w dużo szerszym pojęciu jakim jest Inżynier Kontraktu wg standardów Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów FIDIC. Podmiot taki może wykonywać,

w zależności od zakresu jaki został ukształtowany przez Strony poprzez zawarcie kontraktu opartego na wzorcach warunków kontraktowych FIDIC, pełną obsługę techniczno – ekonomiczną inwestycji w tym w szczególności: sporządza koncepcje projektowe, opracowania przed inwestycyjne, studia wykonalności, a często i projekty wstępne, przygotowuje materiały przetargowe i prowadzi przetargi, sporządza wykonawczą dokumentację projektową, nadzoruje zgodnie z obowiązującymi przepisami technicznymi realizację kontraktu, administruje kontraktem z ramienia zamawiającego; nie jest to katalog zamknięty a jego wyczerpanie jest wręcz niemożliwe i uzależnione od czasu, rodzaju i zakresu inwestycji dla realizacji której ma być ustanowiony Inżynier Kontraktu.

Zarówno oświadczenie złożone przez wykonawcę INWESTOR s.c. w ofercie jak i złożona referencja potwierdza pełnienie funkcji inwestora zastępczego i nadzoru inwestorskiego. Ukształtowany warunek udziału w postępowaniu nie ogranicza jedynie możliwości wykazania się pełnieniem funkcji Inspektora Nadzoru; pełnienie funkcji inwestora zastępczego, zgodnie z powyższym uzasadnieniem jest szersze, wynika z regulacji umowy jaka jest zawarta pomiędzy stronami i w efekcie mieści się w funkcji Inżyniera Kontraktu. Referencja wystawiony przez SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. potwierdza informacje zawarte w oświadczeniu wykonawcy; zakres usług oraz okres jej wykonywania tj.: 2000 – 30 września 2009, wartość inwestycji zgodnie z wykazem wynosi 85 042 540,00 zł brutto.

Zarzut zmiany stosunków własnościowych w spółce będącej inwestorem nie spowodował zmiany założeń inwestycyjnych a następcą prawny firmy LOBBE czyli SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. kontynuowała rozpoczęty proces inwestycyjny. Argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia, co potwierdza brak uregulowania przez prawodawcę odpowiednich czynności i kręgu podmiotów, które są uprawnione do wystawiania referencji. Prawodawca w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.), wskazał, dokument / dokumenty jakie wykonawca ma przedłożyć, o ile Zamawiający tego wymaga, potwierdzające należyte wykonanie usług; poza tą regulacją nie ukształtował innych wymagań. Obrót gospodarczy dotyczący również przekształceń, sprzedaży spółek, jest stałym elementem rynku, tak więc twierdzenie, że referencje może wystawić jedynie

zlecający usługę jest irracjonalne i nie znajduje uzasadnienia dla swojej prawdziwości, tym bardziej, iż to odbiorca usługi może stwierdzić jej należyte wykonanie. Ustalenia dotyczące realizacji inwestycji „Budowa zakładu termicznej utylizacji odpadów przemysłowych i niebezpiecznych oraz rozbudowa zakładu wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w „SARPI” Dąbrowa Górnicza”, poczynione na rozprawie prowadzą do wniosku, iż inwestycja była realizowana etapowo a zamiysł inwestycyjny od samego początku przewidywał

wszystkie jej etapy, nie została zaprojektowana jako przedsięwzięcie w całości (czyli wszystkie etapy), była doprojektowywana w trakcie realizacji inwestycji, do pełnego efektu ekologicznego – to natomiast powodowało konieczność uzyskiwania kolejnych pozwoleń na budowę. Nie stanowi to przesłanki uniemożliwiającej realizację funkcji inwestora zastępczego i nadzoru inwestorskiego dla wskazanej w referencji inwestycji.

Referencja wystawiona przez POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. z siedzibą przy ulicy Czackiego 15/17 w Warszawie, która dotyczy udziału wykonawcy INWESTOR s.c. w realizacji inwestycji „Modernizacji Wydziału produkcji Węglipochodnych” w Koksowni PRZYJAŻŃ w Dąbrowie Górniczej w ocenie Izby potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Na rozprawie ustalono, iż niespornym jest pomiędzy stronami fakt, że wykonawca INWESTOR s.c. wykonywał funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego i nie był podwykonawcą firmy POLIMEX - MOSTOSTAL S.A.. Zarówno oświadczenie złożone przez wykonawcę w ofercie jak i złożona referencja (a dokładniej załącznik do referencji) potwierdza prowadzenie pełnego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczeniem finansowo – rzeczowym do dokumentacji środków trwałych. Załączony do Uzasadnienia do przyłączenia do protestu po stronie Zamawiającego (oraz do Uzasadnienia do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego) List Referencyjny z dnia 7 grudnia 2009 roku wystawiony przez Koksownię PRZYJAŻŃ Sp. z o.o. będącą odbiorcą usługi, który to list potwierdza zakres usługi oraz okres jej wykonywania, zgodny jest z referencją POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. gdzie w Załączniku została podana data realizacji inwestycji określona tak jak w wykazie na wrzesień 2009 roku, wartość inwestycji zgodnie z wykazem wynosi 488 000 000,00 zł brutto. Należy nadmienić w tym miejscu, iż informacje zawarte w referencji mają w szczególności potwierdzać, iż wykonana przez podmiot dana usługa została zrealizowana należycie; nie można z faktu, iż referencja nie zawiera jakiejś informacji dowodzić, że nie potwierdza ona oświadczenia złożonego przez wykonawcę w wykazie zrealizowanych robót.

3. Zamawiający w punkcie VII Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ppkt 2, 1) lit. c) opisał warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykazanie się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia takimi jak; Inspektor Robót Budowlanych – specjalista, który powinien posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej lub uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – upoważnienie do nadzorowania robót

budowlanych w zakresie co najmniej mostów oraz pełnił funkcję Inspektora Nadzoru dla co najmniej dwóch obiektów (wiadukt, most) w ostatnich pięciu latach liczonych od daty składania ofert oraz posiada aktualne zaświadczenie o przynależności do właściwej Izby Samorządu Zawodowego oraz w punkcie VIII ppkt 8 specyfikacji zobowiązał Wykonawców do przedłożenia na potwierdzenie spełnienia określonego warunku wykazu osób, którymi dysponuje Wykonawca lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z dokumentami stwierdzającymi, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają uprawnienia budowlane do pełnienia funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z wymogami określonymi w postawionym warunku (punkt VII ppkt 2.1) lit. a – f specyfikacji) oraz aktualna przynależność do odpowiedniej Izby Samorządu Zawodowego (odpowiednio dla osób wskazanych w punktach lit. a-e specyfikacji); Zamawiający wskazała do sporządzenia wykazu Załącznik nr 3 do specyfikacji.

Na rozprawie ustalono, iż niespornym jest pomiędzy stronami fakt, że Pan Tadeusz Ciemny nie pełnił funkcji inspektora nadzoru lecz kierownika budowy dla wskazanej w Wykazie osób

uczestniczących w wykonaniu zamówienia inwestycji budowy 3 mostów żelbetowych nad rzeką Targaniczanką w Andrychowie (wiersz 3a wykazu, str. 30 oferty).

W ocenie Izby warunek został spełniony, bowiem wykonawca INWESTOR s.c. wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wskazanie w Wykazie osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia do pełnienia funkcji Inspektora Robót Budowlanych Pana Andrzeja N zostało udokumentowane dokumentem z dnia 11 października 1993 roku zatytułowanego: Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Na podstawie tego dokumentu, wydanego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie *samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) Pan Andrzej Nowak, technik budowlany posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych. Zgodnie z § 13 ust.1 pkt 3 lit b Pan Andrzej Nowak posiada uprawnienia *do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót (...) w specjalnościach techniczno-budowlanych: (...) konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie: (...) dróg i nawierzchni lotniskowych - obejmującej również typowe przepusty i mosty*. Wykonawca INWESTOR s.c. Wykazie (wiersz 3b wykazu, str. 30 oferty) wskazał, iż Pan Andrzej N i nadzorował przebudowę 2 obiektów mostowych oraz estakady dwujezdniowej w ramach zadania inwestycyjnego modernizacji trasy tramwajowej linii 6/41 Katowice – Bytom.

W ocenie Izby, wypełniona została ukształtowana w Specyfikacji przez Zamawiającego definicja warunku, ponieważ przedstawiony w ofercie dokument stwierdzający przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie upoważniających do nadzorowania robót budowlanych w zakresie co najmniej mostów. Opis warunku udziału w postępowaniu jaki wprowadził do Specyfikacji Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wymaga wykazania się przez wykonawców dysponowaniem osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia (funkcja Inspektora Robót Budowlanych) i posiadają uprawnienia bez ograniczenia. Definiowanie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma zapewnić Zamawiającemu udział w realizacji inwestycji osób, które będą w trakcie realizacji inwestycji niezbędne a ich umiejętności i doświadczenie odpowiednie do wykonywania przedmiotu inwestycji. Zasadnym jest również argumentacja, iż Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu odniósł go do programu funkcjonalno – użytkowego inwestycji dla której chce pozyskać Inspektora Nadzoru (Inżyniera Kontraktu), tak więc w przypadku gdyby występowały w inwestycji rozwiązania o powszechnie nieznanym parametrach ukształtowany przez Zamawiającego warunek dotyczyłby uprawnień budowlanych w specjalności mostowej bez ograniczeń (lub im odpowiadających wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów).

W zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wskazanie do pełnienia funkcji Inspektora Robót Budowlanych – specjalista, Pana Adama G, argumentacja zawarta w odwołaniu dotycząca wykazanego doświadczenia nie potwierdziła się z uwagi na obalenie argumentacji Odwołującego w zakresie wykazanego nabytego przez wykonawcę INWESTOR s.c. doświadczenia. Zamawiający nie dookreślał materiałów z jakich miały być wybudowane nadzorowane obiekty, tak więc nie może dokonując oceny warunku udziału w postępowaniu zawężać tegoż warunku poprzez dopuszczenie jedynie obiektów, przykładowo, betonowych. Na uwzględnienie zasługuje również to, iż Zamawiający wymagał wykazania pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru dla co najmniej dwóch obiektów (wiadukt, most), a nie jak podnosił Odwołujący dwóch inwestycji.

Oświadczenie woli, zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 roku, należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, złożone przez Wykonawcę oświadczenie czyli Wykazie osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia należy odczytywać zgodnie z celem jakiemu miało służyć. Poza twierdzeniem zawartym w odwołaniu i podtrzymanym na rozprawie Odwołujący nie wykazał, że Pan Andrzej N a także Pan Adam G nie pełnił funkcji Inspektora Nadzoru we wskazanych w Wykazie inwestycjach, a także w stosunku do Pana Andrzeja K, Pani Krystyny O, Pana Wiesława S,

Pana Jarosława G Odwołujący nie wykazał, iż osoby
te nie pełniły przypisanych im funkcji.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w Specyfikacji. Prowadzi to do wniosku, iż w wyniku akceptacji przez wykonawców postanowień Specyfikacji obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w Specyfikacji żądań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień Specyfikacji jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena oferty wykonawcy INWESTOR s.c. dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa i wykonawca ten nie powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stwierdził, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1; art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3; art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4; art. 24 ust. 1 pkt. 10; art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....