

Sygn. akt KIO/UZP 676/09

**WYROK**  
z dnia 8 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Barbara Bettman

**Członkowie:** Renata Tubisz  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe TELE – MAR Sp. z o. o., WODROPOL S.A., ul. Stalowa 4, 47 – 400 Racibórz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Pietrowice Wielkie, ul. Szkolna 5, 47 – 480 Pietrowice Wielkie** protestu z dnia 5 maja 2009r.

orzeka:

**1** uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, nakazuje powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego

**2.** kosztami postępowania obciąża **Gminę Pietrowice Wielkie, ul. Szkolna 5, 47 – 480 Pietrowice Wielkie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe TELE – MAR Sp. z o. o., WODROPOL S.A., ul. Stalowa 4, 47 – 400 Racibórz**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)) przez **Gminę Pietrowice Wielkie, ul. Szkolna 5, 47 – 480 Pietrowice Wielkie** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe TELE – MAR Sp. z o. o., WODROPOL S.A., ul. Stalowa 4, 47 – 400 Racibórz**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe TELE – MAR Sp. z o. o., WODROPOL S.A., ul. Stalowa 4, 47 – 400 Racibórz**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę odcinka zdegradowanej sieci wodociągowej Pawłów – Żerdziany, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1 poz. 79484 z dnia 26.03.2009 r.), w dniu 5 maja 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usługowe „TELE-MAR” Sp. z o.o. z Raciborza i Wodropol SA z Wrocławia.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 29 kwietnia 2009 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Pietrowice Wielkie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101) to jest:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania,
2. art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady zachowania uczciwej konkurencji,

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą, w oparciu o jedynie ustanowione kryterium najniższej ceny, zatem liczył na wybór tej oferty i zawarcie umowy.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów protestu podał, że złożył ofertę z najniższą ceną, która powinna zostać wybrana na podstawie ustalonego kryterium. Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2009 r. (pismem z 21.04.2009 r.) wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do uzupełnienia, brakującej jego zdaniem, trzeciej referencji poświadczającej należyte wykonanie wykazanej dla udokumentowania doświadczenia zawodowego roboty budowlanej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej dla AFD SA Mirków. Zamawiający stwierdził, że wymagał udokumentowania doświadczenia zawodowego wykonawcy składającego ofertę, w charakterze głównego wykonawcy budowlanego, a odwołujący przedstawił referencje poświadczające, że na budowie dla AFD SA Mirków był podwykonawcą. Odwołujący podniósł, że w zestawieniu dokumentów, które powinny zostać dołączone do oferty, brak jest wymagania złożenia referencji. Pod tabelą załącznika nr 8 do SIWZ – wykazu wykonanych robót budowlanych, zamawiający zamieścił jedynie niewiążące zalecenie, przez użycie sformułowania „prosimy tutaj dołączyć dostępne referencje.” W ocenie odwołującego oznacza to, że jeżeli wykonawca przedstawił w wykazie zrealizowane roboty budowlane o zakresie rzeczowym odpowiadającym wymaganiom zamawiającego, a referencje są niedostępne, to i tak należy uznać spełnienie warunku, ponieważ zamawiający żądał obligatoryjnie jedynie wykazu

robót. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się pismem z dnia 21 kwietnia 2009 r. jedynie o informacje, które odwołujący zgodnie z tym wezwaniem przekazał w dniu 24 kwietnia 2009 r. W dniu 5 maja 2009 r. złożył wyjaśnienie udzielone przez firmę WODROL Wrocław Teodor Świątecki, poświadczające, że Przedsiębiorstwo Usługowe TELE MAR Sp. z o.o. wykonało prace, których dotyczą referencje z dnia 10.09.2008 r. dla AFD SA Mirków, jako główny wykonawca budowlany. W załączniku nr 8 do SIWZ – „doświadczenie wykonawcy,” zamawiający w kolumnie 6 dopuścił wykazanie w tym celu, zarówno doświadczenia w charakterze generalnego wykonawcy, jak i podwykonawcy. Ważne dla zamawiającego było, aby oferent posiadał doświadczenie jako główny wykonawca budowlany, co w ocenie odwołującego oznacza zarówno generalnego wykonawcę jak i podwykonawcę. Podkreślił, że udokumentował swoje doświadczenie w wymaganych charakterze – jako głównego wykonawcy budowlanego. Przytoczył orzecznictwo Zespołu Arbitrów sygn. UZP/ZO/0 2353/05 i Krajowej Izby Odwoławczej KOI/UZP 281/08, z którego wynika, że referencje może wystawić nie tylko inwestor, ale i generalny wykonawca, a celem referencji jest jedynie potwierdzenie należytego wykonania zleconych robót. Odwołujący w podsumowaniu stwierdził, że spełnił wszystkie wymagania i złożył żądane dokumenty, z tych względów za bezpodstawne uznał odrzucenie jego oferty, jednocześnie naruszające art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 Pzp. Odwołujący wskazał, że uwzględnienie protestu, pozwoli na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w myśl definicji ustalonej art. 2 ust. 5 Pzp, zgodnie z zasadą legalizmu prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne oraz zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającą z postanowień art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Pismem doręczonym dnia 14 maja 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał złożenia wykazu robót, z okresu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania zawierającego co najmniej 3 roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom instalacyjnym, stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości powyżej 750 000,00 zł. Jako warunek udziału, wykonawcy powinni posiadać doświadczenie wyrażające się w tym, że jako główny wykonawca budowlany uczestniczyli w co najmniej 3 przedsięwzięciach instalacyjnych, o charakterze i trudności wykonania takich samych jak zamawiane roboty.

Odwołujący jaką trzecią z robót referencyjnych wykazał budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej dla AFD SA Mirków, gdzie podał, iż pełnił funkcję podwykonawcy. Prawdliwość wykonania przedmiotowych robót potwierdzają referencje wystawione dla Wodropol SA przez Gminę Nowogrodzic i Gminę Police (poz. 1 i 2 wykazu) oraz dla Przedsiębiorstwa Usługowego TELE – MAR Sp. z o.o. przez firmę WODROL Teodor Świątecki. Zamawiający wyjaśnił, że pismo z dnia 21 kwietnia 2009 r. dotyczyło wezwania odwołującego do złożenia prawidłowego dokumentu referencji, potwierdzającego spełnienie wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi udzielonej pismem z 22 kwietnia 2009 r., doręczonym 24 kwietnia 2009 r. odwołujący podał, że „nie posiada dodatkowej referencji, która odpowiadałby wymaganiom zamawiającego.” W tej sytuacji w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w dniu 29 kwietnia 2009 r. nastąpiło wykluczenie odwołującego z postępowania. Zamawiający stwierdził, że po przeanalizowaniu argumentacji przedstawionej w proteście nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia. Nie zaprzeczył twierdzeniom, iż w wykazie dokumentów, które należało dołączyć do oferty, nie wymienił referencji. Jednakże wymóg taki, w jego przekonaniu, zawiera załącznik nr 8 do SIWZ - wykaz robót („doświadczenie wykonawcy”). Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 1 pkt 6.1.2 lit. a stwierdzono jednoznacznie, iż do wykazu robót wykonawca musi dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty wykonane zostały należycie (referencje). W rozdziale I.2.2 lit. p SIWZ, jako warunek udziału w przetargu, było wykazanie się zrealizowaniem oznaczonych robót w charakterze głównego wykonawcy. Odwołujący nie składał zapytań ani protestów na SIWZ, oznacza to, że w pełni zaakceptował wszelkie zawarte w niej wymogi dotyczące sporządzenia oferty. Zarzut wskazania w piśmie z dnia 21 kwietnia 2009 r. jako podstawy prawnej żądania uzupełnienia dokumentu, art. 87 ust. 1 Pzp, w ocenie zamawiającego nie ma istotnego znaczenia, bo zasadą tłumaczenia oświadczeń jest ich zgodność z rzeczywistą wolą składającego. Zamiarem zaś było wezwanie odwołującego do złożenia prawidłowych referencji, na podstawie art. 26 Pzp. Mając powyższe na uwadze zamawiający nie stwierdził podstaw do uwzględnienia protestu.

W odwołaniu wniesionym w dniu 19 maja 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały potrzymane w całości wraz z wnioskami o:

1. uwzględnienie odwołania i zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów,

2. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usługowe TELE – MAR Sp. z o.o. i Wodropol SA, ponowiło całą przestawioną argumentację protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, pisma o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 29 kwietnia 2009 r., wezwania zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2009 r. i udzielonej odpowiedzi z dnia 22 kwietnia 2009 r.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki formalne, powodujące odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu poniżej progów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, jednakże dotyczy wykluczenia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z tych względów jest dopuszczalne, stosownie do postanowień art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp.

Skoro odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę z ceną 969 700,70 zł. brutto, w oparciu o ustalone kryterium, spełnił tym samym przesłankę materialnoprawną wykazania uszczerbku interesu prawnego, w sytuacji podnoszonych zarzutów dotyczących bezpodstawnych czynności wykluczenia go z postępowania, a w następstwie odrzucenia złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak nakazuje art. 191 ust. 3 Pzp ustaliła co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu sekcja III.2.a o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania tj. przed 26 marca 2009 r., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom instalacyjnym stanowiącym przedmiot zamówienia, o wartości co najmniej 750 000, 00 zł. (wzór stanowi załącznik nr 8 do SIWZ). Do wykazu wykonawca musi załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje, protokoły odbioru itp.). W wykazie oświadczeń lub dokumentów - sekcja III.1.6 ogłoszenia, potwierdzających spełnienie warunków udziału, nie wymieniono odrębnie załącznika nr 8 do SIWZ oraz referencji.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia w rozdziale I pkt 2 – warunki wymagane od wykonawców – ppkt 2 stanowi, że wykonawca musi spełnić warunki udziału, potwierdzone w wypełnionych formularzach, to jest posiadać doświadczenie z ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy z tego okresu, wyrażające się tym, że jako główny wykonawca budowlany uczestniczył w co najmniej trzech przedsięwzięciach instalacyjnych o charakterze i trudności wykonania takich samych jak zamówione roboty. Zgodnie z punktem 1, ppkt 2 lit „p”, rozdziału I SIWZ, oferenci zobowiązani byli złożyć wykaz podobnych co do charakteru i zakresu robót zrealizowanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem robotom instalacyjnym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości powyżej 750 000,00 zł. Wykaz powinien zawierać: nazwy, adresy, telefony inwestorów oraz wyszczególnienie robót wraz z ich zakresem, datą rozpoczęcia i zakończenia. W punkcie tym zawarta jest uwaga o treści – oferent musi się wykazać wykonaniem co najmniej 3 robót. Brak wykonania i wykazania co najmniej 3 robót o charakterze odpowiadającym robotom instalacyjnym, stanowiącym przedmiot zamówienia spowoduje odrzucenie oferty. Pod uwagę będą brane roboty polegające na przebudowie (wykonaniu nowej) sieci wodociągowej z rur PE Ø 110 lub większej o wartości powyżej 750 000,00 zł. Załącznik nr 8 do SIWZ – „doświadczenie wykonawcy” zobowiązywał do podania nazwy przedsięwzięcia, wartości robót, okresu obowiązywania umowy, daty rozpoczęcia, nazwy zamawiającego i miejsca, pełnionej funkcji - generalny wykonawca (GW), czy podwykonawca (PW), daty zakończenia. Ponadto zawierał instrukcję o treści „ prosimy tutaj załączyć dostępne referencje.”

Odwołujący w wykazie doświadczenia zawodowego zawarł trzy pozycje, z których przedmiotem zastrzeżeń stała się pozycja nr 3 „sieć wodociągowa i kanalizacyjna dla ADF SA Mirków, realizowana przez lidera konsorcjum odwołującego – firmę Przedsiębiorstwo Usługowe TELE-MAR Sp. z o.o., wartość robót 1 200 000,00 zł., okres realizacji 4/2007 -9/2007, zamawiający WODROL Wrocław, pełniona funkcja - podwykonawca. Należyte wykonanie wymienionych robót zostało potwierdzone referencjami wystawionymi przez Przedsiębiorstwo WODROL Wrocław – Teodor Świątecki z dnia 10 września 2008 r.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2009 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku opisanego w rozdziale I pkt 2, ppkt 2 SIWZ, to znaczy referencji potwierdzających pełnienie funkcji głównego wykonawcy robót. W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 22 kwietnia 2009 r. odwołujący oświadczył, że złożył wykaz robót oraz referencje, potwierdzający doświadczenie wykonawcy, zgodne z wymaganiami. Zdaniem odwołującego, z załącznika nr 8 do SIWZ wynika, iż referencje nie były obligatoryjnie wymagane. Dodał, że nie posiada referencji, która odpowiadałby wymaganiom zamawiającego, co stało się przyczyną wykluczenia konsorcjum z postępowania pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. Zamawiający podał, że we wskazanym terminie do 24 kwietnia 2009 r. nie został złożony dokument określony w wezwaniu z dnia 21 kwietnia 2009 r. – czyli referencje. W dniu 5 maja 2009 r. odwołujący złożył pismo datowane 4 maja 2009 r., jako wyjaśnienie do referencji udzielonych przez WODROL Wrocław Teodor Świątecki w dniu 10.09.2008 r., z którego wynika, że Przedsiębiorstwo Usługowe TELE - MAR Sp. z o.o. wykonywało prace, określone w tych referencjach jako główny wykonawca budowlany.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ustawodawca nie określił sposobu zdobywania wiedzy czy doświadczenia. Zależy to od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Potwierdza to wyrok KIO/UZP

749/08. Jednocześnie jednak ustawodawca w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp nałożył na zamawiających obowiązek, że nie można określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Paragraf 1 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) określa, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Zatem, ani z art. 22 ustawy Pzp, ani z cytowanego rozporządzenia nie da się wywieść prawa zamawiającego do decydowania o tym, że będzie preferował wykonawców, którzy wykonali oznaczone roboty jako „główny wykonawca budowlany.” Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 Nr 156, poz. 1118 ze zm.), nie definiuje takich pojęć jak: inwestor, generalny wykonawca czy podwykonawca. Określenia inwestor, wykonawca, podwykonawca, są używane w przepisach 647 - 658 K.c. i na ich podstawie można wywieść pełnioną rolę w procesie budowlanym. Pojęcie „głównego wykonawcy budowlanego” pozostaje niezdefiniowane w odrębnych przepisach. Zamawiający, dopuszczając doświadczenie zdobyte w charakterze podwykonawcy (w zał. nr 8), nie wyjaśnił również w SIWZ, jak oferenci mają rozumieć realizację robót w charakterze głównego wykonawcy budowlanego. W przekonaniu Izby, pozostaje bez znaczenia w jakim charakterze wykonawca brał udział w realizacji robót referencyjnych, liczy się jedynie nabyte w związku z tym doświadczenie, jako wprawa i ugruntowane w praktyce umiejętności. Nawet gdy wykonawca uczestniczył w procesie realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp, w przypadku składania oferty przez konsorcjum, doświadczenie firm je tworzących musi zostać zsumowane, ponieważ jest to istotą i celem zawiązywania konsorcjów i składania przez nich ofert w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych (rozdział I pkt 2 SIWZ). Treść postanowienia, że doświadczenie podwykonawców oraz ich zasoby nie będą brane

pod uwagę przy ocenie czy wykonawca spełnia warunek udziału, należy w przekonaniu izby odnosić do rozdziału I pkt 1 lit „o” SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp, nakładającego obowiązek wykazania zakresu prac powierzanego podwykonawcom. Należy stwierdzić, iż dokumentacja postępowania przygotowane przez zamawiającego jest niespójna - ustalone warunki udziału i sposób ich udokumentowania, wykazują wewnętrzne sprzeczności i niedokładności, także między treścią ogłoszenia o zamówieniu a postanowieniami SIWZ. Zatem wszelkie niejasności w tym zakresie, wynikające z rozbieżności tekstu ogłoszenia oraz odnośnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy interpretować w kierunku prokonkurencyjnym oraz aby wątpliwości tłumaczyć na korzyść wykonawcy, który nie może ponosić konsekwencji braku precyzji przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez zamawiającego. Niemożliwy do zaakceptowania jest pogląd, że skoro wykonawcy nie składali zapytań o wyjaśnienie niejednoznacznych postanowień SIWZ oraz protestów odnośnie ustalonych warunków udziału, to wiążąca i zgodna z przepisami jest narzucona interpretacja zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający w załączniku 8 – wykazie robót, dopuścił wprost doświadczenie w charakterze podwykonawcy robót. W przekonaniu Izby, doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy.” Stawianie takich warunków odnośnie sposobu nabycia doświadczenia, jest nieuprawnione i nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, co potwierdzone zostało także w orzecznictwie. Sąd Okręgowy w Świdnicy (sygn. akt II Ca 584/05), zauważył w wyroku, iż: "Jest oczywiste, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze. Ma więc zamawiający prawo do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Prawo to nie daje jednak zamawiającemu nieograniczonej swobody we wprowadzaniu tych warunków, gdyż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakazują przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy) i zabraniają określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy), czyli wprowadzać nieuzasadnione bariery ograniczające oferentom wzięcie udziału w przetargu. Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zobowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców. (...) Sprzeczne z tą zasadą jest również wyeliminowanie z udziału w przetargu tych wykonawców, którzy prace (...) wykonywali w charakterze podwykonawców. Wcale bowiem nie jest wykluczone, że wiedza i doświadczenie podwykonawcy jest równe, a może i większe od takiego wykonawcy, który przy pracach budowlanych posługuje się głównie podwykonawcami." Izba uznała, że odwołujący przedłożył prawidłowe referencje, dotyczące pozycji nr 3 wykazu robót, które potwierdzają zakres robót odpowiadający przedmiotowi zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), referencje mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie robót, ujętych w wykazie i opisanych w sposób wymagany w załączniku nr 8. Wezwanie odwołującego do złożenia dodatkowych referencji było zatem zbędne i pozbawione uzasadnionych podstaw. Odwołujący wykazał odpowiednie do przedmiotu zamówienia doświadczenie zawodowe, z potwierdzeniem należytego wykonania trzech robót referencyjnych, zatem wykluczenie odwołującego z postępowania naruszało zakaz wyrażony w art. 22 ust. 2 Pzp utrudniania dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym je wykonać w sposób należyty.

Potwierdza to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, w którym Sąd ten wyjaśnił, iż "zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z warunków udziału w przedmiocie zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych." Jako formę dyskryminacji pośredniej, przyjmuje się ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione

potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczających krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok z dnia 1 października 2008r. Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 984/08). Z naruszeniem bowiem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak, że będzie je mógł spełnić tylko jeden wykonawca lub gdy będzie stawiał określonych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych.”

Materiał dowodowy sprawy potwierdził zasadność czynionych zarzutów, że odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający uchybił przepisom art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty. W następstwie podjętych czynności, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykluczenie wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie godzi w zasady równego traktowania wykonawców oraz zakazu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, albowiem wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, miało wpływ na wynik postępowania.

Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba nakazała jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*