

Sygn. akt: KIO 2206/10

WYROK
z dnia 22 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 października 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Szurgot sp. z o.o. z siedzibą w Kole oraz Renova sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Szurgot sp. z o.o. z siedzibą w Kole oraz Renova sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dokonanie ponownej oceny i badania ofert z udziałem oferty odwołującego;**

2. **kosztami postępowania obciąża Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Szurgot sp. z o.o. z siedzibą w Kole oraz Renova sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zasądza od Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Szurgot sp. z o.o. z siedzibą w Kole oraz Renova sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę**

3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Sygn. akt: KIO 2206/10

U z a s a d n i e

Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie, Oddział Gospodarowania Nieruchomościami w Poznaniu, Al. Niepodległości 8, 61-875 Poznań zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwane dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na roboty budowlano – montażowe dla zadania pn.: „*Przebudowa dworca kolejowego w Kole*”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 23 sierpnia 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 261132 -2010.

Pismem z dnia 30 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Szurgot sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dąbskiej 17, 62 – 600 Koło oraz Renova sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Pięknej 47, 00-672 Warszawa (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Budowlano – Sztukatorski Konserwacja Zabytków Marian Domaniecki oraz Zakład Sztukatorski Renowacja Obiektów Zabytkowych Witold Dominicki oraz o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołującego z powodu niespełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego określonych w pkt. 10.1.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”).

Dnia 8 października 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesowi Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu tego samego dnia. Odwołanie zostało złożone wobec czynności wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład - Budowlano Sztukatorski Konserwacja Zabytków Marian Domaniecki i Zakład Sztukatorski Renowacja Obiektów Zabytkowych Witold Dominicki oraz od czynność

zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczeniu go z postępowania.

Wnoszący odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 44, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2, art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp domagając się:

- uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą,
- uznanie, że oferta odwołującego spełnia wymagania postawione przez zamawiającego i wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu,
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- uznanie przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta odwołującego.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu zarzuty odwołujący argumentował, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy nie uzasadnił w zawiadomieniu o wyniku postępowania powodu wykluczenia odwołującego z postępowania wskazując lakonicznie, w uzasadnieniu faktycznym „*niespełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego w pkt. 10.1.7 SIWZ*”. Dalej podał „*Uzasadnienie prawne: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*”. Zamawiający nie wyjaśnił jednak w jakim zakresie nie zostały spełnione przez wykonawcę wymagania zawarte w pkt. 10.1.7 siwz. Stosownie do przywołanego postanowienia siwz wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć „*Wykaz należycie wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzech robót budowlano - konserwatorskich, o wartości każdej z robót nie mniejszej niż 5.000.000,00 złotych, polegających na przebudowie obiektów wpisanych do rejestru zabytków potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, przygotowany poprzez wypełnienie Tablicy 2 stanowiącej Załącznik nr 5 Formularza Ofertowego*”.

Odwołujący podkreślił, iż w sposób prawidłowy wykazał posiadanie doświadczenia zawodowego w zakresie robót budowlano - montażowych objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający zwrócił się do niego w dniu 15 września 2010 r. o uzupełnienie dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, w tym również do uzupełnienia wykazu robót, albowiem przyjął, że przedstawione w ofercie roboty były pracami remontowymi i nie polegały na przebudowie obiektów, sugerując tym samym, że żadna z inwestycji nie odpowiada charakterowi przedmiotu zamówienia.

W dniu 21 września 2010 r. odwołujący uzupełnił dokumenty oraz złożył dodatkowe wyjaśnienia potwierdzające spełnienie warunków określonych w siwz. W kwestii doświadczenia zawodowego potwierdził prawidłowość wymienionych wcześniej w ofercie robót budowlano - montażowych twierdząc, że w rozumieniu prawa budowlanego, mimo różnych nazw tych inwestycji, obejmowały one swoim zakresem również „przebudowę” w rozumieniu art. 3 ust. 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) dalej „prawo budowlane”.

Odwołujący podkreślił w szczególności, iż referencja wystawiona przez Polsko - Japońską Wyższą Szkołę Technik Komputerowych w Warszawie, mimo że w nazwie użyto określenia „wielobranżowy remont konserwatorski” to w rzeczywistości roboty budowlane polegały na remoncie, przebudowie i rozbudowie. W istniejącym obiekcie dokonano m.in. zmiany funkcji obiektu, albowiem z kaplicy zrobiono aulę, co wiązało się ze zmianą parametrów użytkowych i technicznych. W innych pomieszczeniach wykonano wentylację mechaniczną, dokonano wymiany stropów, murów, pokrycia dachu tak, że w praktyce obiekt jako całość zmienił całkowicie swoją funkcję. Zatem zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że w wykazie zawartym w załączniku nr 5 do oferty zostały podane co najmniej trzy inwestycje, które spełniały wymagania siwz opisane w jej pkt. 10.1.7.

Zdaniem odwołującego zamawiający niewłaściwie interpretuje pojęcie „przebudowy”. Zgodnie z prawem budowlanym „przebudową” jest wykonywanie robót budowlanych w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu. Podniósł, iż zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką i poglądami specjalistów z tej dziedziny przyjmuje się, iż celem przebudowy jest najczęściej zmiana układu funkcjonalnego obiektu, co miało miejsce w sprawie Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych, gdzie np. kaplicę przebudowano na aulę dydaktyczną, co musiało się wiązać ze zmianą parametrów użytkowych i technicznych. Z uwagi na nowy charakter obiektu musiano dokonać również przebudowy stropu, murów, ścian wewnętrznych, pokrycia dachu. Tym samym faktycznie wykonany zakres robót dotyczący tej inwestycji nie obejmował tylko prac remontowych, jak to zostało przywołane w nazwie, ale również przebudowę, a także rozbudowę, co tym bardziej powinno świadczyć na korzyść wykonawcy. Podkreślił, iż w umowie z dnia 23 października 2007 r. zawartej z inwestorem przedsięwzięcie zostało określone jako „Adaptacja budynku na potrzeby Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych w Bytomiu”, co jednoznacznie świadczy o tym, że przedmiot zamówienia nie obejmował wyłącznie remontu (odtworzenia stanu pierwotnego), lecz przebudowę i modernizację, tak aby stary obiekt (z pomieszczeniami sakralnymi) adaptować do nowej funkcji, jaką miał być obiekt szkolno - dydaktyczny dla potrzeb wyższej uczelni.

Odwołujący zauważył, iż w swoich wyjaśnieniach zwrócił zamawiającemu uwagę, że gdyby miał jakiegokolwiek wątpliwości co do zakresu robót to „*poddaje się pod weryfikację Zamawiającego, który mógł w ramach własnych czynności dokonać dodatkowych ustaleń*”.

Odwołujący przyznał, iż to na nim ciąży obowiązek wykazania się odpowiednimi zdolnościami i przekonania zamawiającego, że podoła realizacji inwestycji, nie mniej jednak wskazał, iż wystawca referencji nie ma obowiązku zamieszczać w nich konkretnych treści. Póki nie wystąpią okoliczności wskazujące na to, iż przedstawione dokumenty nie są zgodne ze stanem faktycznym nie ma podstaw by negować ich prawdziwość. Wywodził, iż skoro referencja z dnia 2 kwietnia 2006 r. potwierdza, że wymienione w wykazie zlecenie było wykonane należycie, to referencja ta jest prawidłowa, gdyż niedozwolone jest żądanie przez zamawiającego, aby z referencji wynikał szczegółowy zakres prac, kiedy je wykonano czy ile kosztowały, gdyż te informacje podaje w składanym przez siebie wykazie sam wykonawca, a referencje mają jedynie potwierdzić należyte wykonanie robót. Ponadto, gdy weźmie się pod uwagę wyjaśnienia odwołującego z dnia 21 września 2010 r., w których przedstawił on bardziej szczegółowy zakres wykonanych robót, z którego jednoznacznie wynika, że miały one charakter przebudowy - adaptacji to oczywistym jest, że brakująca jedna robota nie uwzględniona przez zamawiającego w rzeczywistości znajduje się w ofercie i oferta ta winna być uznana za prawidłową, skoro była to tylko jedyna przyczyna jej odrzucenia, co wynika z treści lakonicznego zawiadomienia o wyborze oferty.

Odwołujący stwierdził, iż jego oświadczenie o posiadaniu odpowiedniego doświadczenia w zakresie robót objętych przedmiotem niniejszego zamówienia jest prawdziwe i gwarantuje zamawiającemu, że w profesjonalny i należyty sposób w wymaganym terminie wykona powierzone mu roboty.

Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 12 października 2010 r. na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron złożone podczas rozprawy, Izba za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła następujące ustalenia faktyczne:

Zamawiający prowadząc postępowanie w celu udzielenia zamówienia na realizację robót budowlano – montażowych pn.: „Przebudowa dworca kolejowego w Kole” w pkt. 10.1.7 siwz wymagał przedłożenia przez wykonawców „Wykazu należycie wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzech robót budowlano - konserwatorskich, o wartości każdej z robót nie mniejszej niż 5.000.000,00 złotych, polegających na przebudowie obiektów wpisanych do rejestru zabytków potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, przygotowanego poprzez wypełnienie Tablicy 2 stanowiącej Załącznik nr 5 Formularza ofertowego”.

Biorąc powyższe pod uwagę oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym odwołujący załączając do oferty (załącznik nr 5) wykaz wykonanych zamówień, w którym wymienione zostały trzy zamówienia o wartości powyżej 5 mln, w tym w pozycji nr 3 zamówienie wykonane na rzecz Polsko – Japońskiej Szkoły Technik Komputerowych w Warszawie. W opisie przedmiotu umowy wskazał „Remont konserwatorski elewacji zabytkowej budynku poklasztornego. Kompleksowe wykonanie prac remontowo – konserwatorskich na elewacji oraz we wnętrzu budynku (oczyszczenie powierzchni murów, uzupełnienie ubytków, montaż instalacji odgromowej, wykonanie instalacji poziomych i pionowych ścian zew. i wew., wymiana instalacji elektrycznej, wymiana stolarki okiennej i drzwiowej”. Do oferty załączony został także dokument datowany na dzień 2 kwietnia 2010 r. referencji, w których zostało stwierdzone, iż Renova sp. z o.o. w 2008 r. zrealizowała wielobranżowy remont konserwatorski elewacji i wnętrza zabytkowego budynku Wydziału Zamiejscowego Informatyki Polsko – Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych w Warszawie. Prace wykonane zostały zgodnie z dokumentacją projektową w terminie umownym i odebrane bez zastrzeżeń.

Uwzględniając treść załączonych do oferty odwołującego dokumentów zamawiający pismem z dnia 15 września 2010 r. wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do odwołującego m.in. o uzupełnienie wykazu robót, gdyż zostały w nim wśród prac o wartości powyżej 5 mln zł wskazane tylko prace remontowe.

Wnoszący odwołanie odpowiadając zamawiającemu wskazał, iż wymienione w załączonym do oferty wykazie trzy zamówienia o wartości powyżej 5 mln zł potwierdzają spełnienie wymogu zdefiniowanego w pkt. 10.1.7 siwz. Wyjaśnił, iż o charakterze danego zadania nie decyduje nazwa zadania, jaką przyjął dla swojej inwestycji zamawiający, lecz zakres i rodzaj prac i ich parametrów technicznych. Powołał art. 3 ust. 7a i 8 prawa

budowlanego prezentując różnice pomiędzy przebudową a remontem, podnosząc, iż w wyniku przebudowy następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych obiektu budowlanego, zaś remont polega na odtworzeniu stanu pierwotnego. Podkreślił, iż zadania inwestycyjne o wartości wymaganej w siwz polegały na przebudowie, wbrew nazwom nadanym przez inwestorów. Odwołujący scharakteryzował trzy kwestionowane przez zamawiającego zamówienia o wartości powyżej 5 mln. W odniesieniu do zadania wykonanego dla Polsko – Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych w Warszawie argumentował, iż roboty polegały na remoncie, przebudowie i rozbudowie obiektu budowlanego. Dokonano zmiany funkcji obiektu (z kaplicy zrobiono aulę), co wiązało się ze zmianą parametrów użytkowych i technicznych. W innych pomieszczeniach wykonano wentylację mechaniczną, dokonano wymiany stropów, murów, pokrycia dachu, tak że w praktyce obiekt jako całość zmieniał całkowicie swoją funkcję. Ponadto dodał, iż gdyby zamawiający uznał, że co do zakresu robót opisanych w referencjach istnieją wciąż wątpliwości, może zwrócić się bezpośrednio do wystawców referencji, którzy potwierdzą prawdziwość przedłożonych wyjaśnień.

Odwołujący pismem z dnia 30 września 2010 r. został zawiadomiony o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład - Budowlano Sztukatorski Konserwacja Zabytków Marian Domaniecki i Zakład Sztukatorski Renowacja Obiektów Zabytkowych Witold Dominicki oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał niespełnienie wymagań postawionych przez zamawiającego w pkt. 10.1.7 siwz. Jako podstawę prawną wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy.

Z powyższą decyzją zamawiającego się nie zgodził odwołujący dowodząc w odwołaniu bezprawności działań zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż zarzuty w nim podniesione potwierdziły się.

Przedmiotem sporu jest, czy zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, którego sposób oceny został przez zamawiającego określony w pkt. 10.1.7 siwz.

Odnosząc się do tak zakreślonego zagadnienia spornego Izba rozpoznając odwołanie za zasadne uważa podkreślenie, iż brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wprost wskazuje, iż obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Zatem to wykonawca zobligowany jest przedłożyć dokumenty (w zakresie opisanym w siwz), w celu udowodnienia zamawiającemu, iż spełniając warunki udziału w postępowaniu daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W przypadku, gdy zamawiający w siwz weryfikuje wiedzę i doświadczenie wykonawcy może żądać wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania tego warunku z podaniem ich wartości, rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co wynika z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej „rozporządzeniem”. Zatem na podstawie tych dokumentów (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami), jeśli ich złożenia wraz z ofertą domaga się zamawiający, powinno być możliwym ustalenie, czy wykonawca spełnia oceniany warunek udziału w postępowaniu. Nie mnie jednak, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości dotyczących rzetelności oświadczenia wykonawcy złożonego wraz z ofertą lub wyjaśnień, jak również dokumentów mających potwierdzać należyłą realizację zamówień, zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale zobowiązany prowadząc postępowanie z należyłą starannością, do ich wyjaśnienia np. u wystawcy referencji. Działanie to nie ma jednak prowadzić do zastępowania aktywności wykonawcy, którego obowiązkiem jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz zagwarantowanie przeprowadzenia postępowania stosownie do reguł wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp tj. przede wszystkim zachowania zasady uczciwej konkurencji poprzez wyjaśnienie wątpliwości – jeśli takowe się pojawiły -

dotyczących złożonych już dokumentów. Póki nie wystąpią okoliczności wskazujące na to, iż przedstawione dokumenty nie są zgodne ze stanem faktycznym nie ma podstaw, by negować ich prawdziwość. Podkreślenia także wymaga, iż rozporządzenie wskazuje na dwa rodzaje dokumentów: oświadczenie wykonawcy (wykaz wykonanych zamówień) oraz dokumenty potwierdzające wykonanie zamówień zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie. Inny jest ich status i cel przedłożenia. Wyrazić trzeba opinię, iż dokumentem potwierdzonym zakres wykonanych prac (rodzaj, wartość, daty wykonania) jest oświadczenie wiedzy wykonawcy oraz ewentualne wyjaśnienia jego dotyczące. Referencje (bądź inne właściwe dokumenty) mają – jak literalnie na to wskazuje brzmienie rozporządzenia - potwierdzać, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Stawianie przez zamawiającego dodatkowych żądań co do treści dokumentów, jako rozszerzające zakres umocowania ustawowego, nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. Żądanie potwierdzenia oświadczenia w zakresie wartości, przedmiotu zamówienia, jak również dat jego wykonania w referencjach stanowi dodatkowy formalizm i może utrudniać dostęp do zamówienia, gdyż wykonawcy z reguły nie mają wpływu na treść oświadczenia inwestora czy generalnego wykonawcy zamieszczanego, w tym przypadku w referencjach.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy należy stanąć na stanowisku, iż zamawiający błędnie ustalił, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Niestuszenie zamawiający dowodził na rozprawie, iż za niewystarczające należy, w celu udowodnienia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, uznać oświadczenie wykonawcy wraz z jego wyjaśnieniami z dnia 21 września 2010 r. Wbrew twierdzeniom zamawiającego bowiem, szczegółowy opis wykonanych prac nie musiał wynikać z treści referencji. Niezbędnym jest, aby ich treść potwierdzała wykonanie zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie oraz, aby można było przyporządkować konkretną pracę wskazaną w wykazie zrealizowanych zamówień do danych referencji. Te okoliczności nie są sporne między stronami. Tym czasem zamawiający, bez podstawy prawnej oczekiwał, aby referencje szczegółowo wskazywały zakres i rodzaj wykonanych robót budowlanych. Błędnie zatem zamawiający za podstawę swojego rozstrzygnięcia przyjął (w zakresie dotyczącym rodzaju wykonanych prac) wyłącznie treść referencji wystawionych przez Polsko – Japońską Wyższą Szkołę Technik Komputerowych. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyraził pogląd, iż referencje są „(...) zakresowo nieadekwatne, gdyż nie wykazują spełnienia przez Wykonawcę wymogu z pkt. 10.1.7 siwz (...)”. Podobne wnioski wynikają z załączonej do odpowiedzi na odwołanie opinii z dnia 22 września 2010 r. sporządzonej przez mgr inż. Mikołaja Jankowskiego, który stwierdził, iż referencje dotyczące zamówienia wykonanego dla Polsko – Japońskiej Wyższej

Szkoły Technik Komputerowych nie wskazują „wykonanych robót wewnątrz budynku, a jedyna informacja jaką można uzyskać z referencji to fakt że konsorcjum wykonało ‘(...) remont konserwatorski elewacji i wnętrza zabytkowego budynku (...)’ czyli roboty budowlane polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego”.

Odnosząc się do treści wykazu zrealizowanych zamówień załączonego do oferty odwołującego zważywszy treść wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez odwołującego pismem z dnia 21 września 2010 r. zasadnym jest podkreślenie, iż ich treść pozwala na stwierdzenie, iż zamówienie zrealizowane dla Polsko – Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych odpowiada wymaganiom wskazanym przez zamawiającego w pkt. 10.1.7 siwz. Wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie kwestionowane zamówienie obejmowało przebudowę obiektu budowlanego, tak jak oczekiwał tego zamawiający w siwz.

Stosownie do definicji zawartych w prawie budowlanym - do których odwoływały się obie będące w sporze strony - należy wskazać, że zgodnie z art. 3 odpowiednio pkt 7 a i 8 tej ustawy przebudową jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, natomiast remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego.

O ile na podstawie załączonego do oferty odwołującego wykazu zrealizowanych zamówień nie było możliwym stwierdzenie, iż wymienione w pozycji nr 3 zamówienie obejmowało przebudowę obiektu budowlanego, co uzasadniało wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu (podkreślenia wymaga, iż zamawiający słusznie nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie), o tyle wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości, iż przedmiotem robót była przebudowa znajdującej się w budynku kaplicy na aulę, co wiązało się ze zmianą parametrów użytkowych i technicznych, zatem stanowi przebudowę w rozumieniu powołanej wyżej ustawy.

Przedstawiona przez odwołującego wraz z odwołaniem umowa z dnia 23 października 2007 r. zawarta z Polsko – Japońską Wyższą Szkołą Technik Komputerowych wskazuje w tytule, iż jej przedmiotem była adaptacja budynku tej szkoły. Wobec braku definicji legalnej pojęcia „adaptacji” należy poszukiwać jego znaczenia na gruncie języka powszechnego - przykładowo często spotykanym pojęciem jest adaptacja strychu bądź pomieszczeń gospodarczych na mieszkanie. Według Uniwersalnego Słownika Języka Polskiego pod redakcją Stanisława Dubosza „adaptacja” to przystosowanie czegoś, zwykle utworu literackiego lub budynku, do innego użytku, do nowych potrzeb, przerobienie dla nadania innego charakteru (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, tom I, str. 11). Trzeba podkreślić, iż zakres prac objętych adaptacją może być różny, przedstawiona umowa

nie pozwala na jednoznaczne potwierdzenie rodzaju prac, które zostały wykonane na jej podstawie, bowiem nie została wraz z nią przedłożona dokumentacja projektowa. Nie mniej jednak w sposób wystarczający przedmiot zadania inwestycyjnego zrealizowanego na rzecz Polsko – Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych został opisany w wyjaśnieniach odwołującego, a z przedłożonej wraz z odwołaniem umowy nie wynika, aby oświadczenia odwołującego (wykaz załączony do oferty oraz wyjaśnienia) w jakimkolwiek zakresie było nieprawdziwe. Także zamawiający nie zakwestionował prawdziwości tychże oświadczeń, natomiast odnosząc się do umowy wskazał, że nie jest możliwym określenie na jej podstawie zakresu wykonanych prac, co jednak – jak zostało stwierdzone wyżej – nie jest argumentem wystarczającym do skutecznego zakwestionowania prawidłowości oświadczeń odwołującego w tej kwestii. Odwołujący w wyjaśnieniach, o które wystąpił do niego zamawiający potwierdził, iż *„wyjaśnienia potwierdzają spełnienie przez Wykonawcę wszystkich warunków udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym”*. W konsekwencji podnoszona przez zamawiającego okoliczność braku w treści referencji odniesienia do zakresu wykonanego zamówienia pozwalającego ustalić, iż obejmowało ono przebudowę, nie może stanowić podstawy do uznania ich nieprawidłowości.

Ustosunkowując się do stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, iż dodatkową przyczyną wykluczenia odwołującego było także nie spełnienie wymogu opisanego w pkt. 10.1.9 siwz dotyczącego potencjału ekonomicznego i płynności finansowej, o której mowa także w piśmie zamawiającego z dnia 5 października 2010 r. trzeba wskazać, iż zamawiający – jak oświadczył na rozprawie - nie dokonywał ponownego badania i oceny ofert po dniu 30 września 2010 r., kiedy to zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania wskazując wyłącznie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Jeśli zatem zamawiający w wyniku ponownej oceny i badania ofert stwierdzi, iż zachodzą także inne, poza wskazanymi w piśmie z dnia 30 września 2010 r., okoliczności zobowiązującego go wykluczenia odwołującego i w konsekwencji dokona czynności wykluczenia odwołującego na ich podstawie, wówczas od tej czynności będą odwołującemu przysługiwały środki ochrony prawnej.

Zważywszy powyższe Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp. Izba nie dopatrzyła się uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż zamawiający poinformował odwołującego pismem z dnia 30 września 2010 r. o wykluczeniu go z postępowania, choć niewątpliwie za naganne należy uznać bardzo lakoniczne uzasadnienie faktyczne dokonanej przez zamawiającego czynności. Wymaga także zwrócenia uwagi, iż brak staranności zamawiającego w tym zakresie nie mógłby wywoływać

negatywnych konsekwencji dla wykonawców, zatem wszelkie uchybienia w tej kwestii – gdyby były istotne dla rozpoznania sprawy - musiałyby być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Izba oceniając zarzuty odwołania nie stwierdziła również naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, bowiem w okolicznościach sporu zamawiający prawidłowo postąpił wzywając odwołującego do uzupełnienia wykazu prac. Także zarzut naruszenia art. 44 ustawy nie znalazł potwierdzenia, gdyż zamawiający w siwz (pkt 10.1.7) wymagał przedłożenia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Nie jest zrozumiałym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż przepis ten nie stanowił podstawy odrzucenia oferty odwołującego. Podobnie Izba odnieść się musi do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2, ponieważ z treści odwołania nie sposób wywieść, na czym miałyby polegać uchybienia przez zamawiającego temu przepisowi.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

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

.....