

**WYROK**  
**z dnia 6 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **22 maja 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WA-PIS” Eugeniusz Walo, 21-422 Stanin 125** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe w Piasecznie, ul. Chyliczkowska 14, 05-500 Piaseczno**

przy udziale wykonawcy **SPA VOYAGE Sp. z o.o., ul. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:**

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołującego i w konsekwencji odrzucenia jego oferty;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonanie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SPA VOYAGE Sp. z o.o., ul. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę

**Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WA-PIS” Eugeniusz Walo, 21-422 Stanin 125**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600** zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez uczestnika postępowania zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **SPA VOYAGE Sp. z o.o., ul. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WA-PIS” Eugeniusz Walo, 21-422 Stanin 125** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Starostwo Powiatowe w Piasecznie, ul. Chyliczkowska 14, 05-500 Piaseczno wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie termomodernizacji budynków Zespołu Szkół im. Władysława St. Reymonta w Konstancinie-Jeziornie, ul. Mirkowska 39«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **21.03.2012 r., poz. 64973-2012.**

Zamawiający zawiadomił **17.05.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SPA Voyage Sp. z o.o. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WA-PIS” Eugeniusz Walo z siedzibą 21-422 Stanin 125, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało uznaniem złożonej przez niego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WA-PIS” Eugeniusz Walo, 21-422 Stanin 125, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **22 maja 2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 26 ust. 3 Pzp – przez wykluczenie odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego podczas, gdy brak było podstaw do przyjęcia, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 3 Pzp – przez brak wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 Pzp – przez uznanie, że oferta wykonawcy SPA Voyage Sp. z o.o. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „WA-PIS” Eugeniusz Walo z siedzibą: 21-422 Stanin 125 i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WA-PIS” Eugeniusz Walo z siedzibą: 21-422 Stanin 125, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) przyznanie odwołującemu zwrotu kosztów związanych z wniesieniem odwołania, w tym kosztów z tytułu zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### Argumentacja odwołującego

Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku przeprowadzonego postępowania nie wskazał żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Jedyną informacją zawartą w ww. zawiadomieniu jest wskazanie, że wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stanowi to naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 3 Pzp, ale także w zasadzie uniemożliwiało odwołującemu, który nie znał powodów uznania, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dokonania pełnego i właściwego odniesienia się do przyczyn wykluczenia.

Odwołujący mając na uwadze informacje uzyskane telefonicznie od przedstawicieli zamawiającego, że w ocenie zamawiającego nie został przez odwołującego spełniony warunek wynikający z § 3 ust. 2 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) oraz treść wniosku odwołującego z 18 maja 2012 r. i treść udzielonej odwołującemu odpowiedzi 21 maja 2012 r. z wyjaśnieniem przyczyn wykluczenia – odwołujący wskazuje, że brak było podstaw do dokonania tego typu oceny.

W § 3 specyfikacji – Warunki udziału w postępowaniu – opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazano:

– w ust. 2 pkt 1, że zamawiający uzna za spełniony warunek odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał roboty budowlane w okresie

ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, to jest minimum dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu o wartości minimum 550.000,00 zł brutto każda z nich,

– w ust. 3 pkt 7, że należy do oferty załączyć wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, to jest minimum dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu o wartości minimum 550.000,00 zł brutto każda z nich – załącznik Nr 6 do specyfikacji.

W wykonaniu zalecenia zamawiającego odwołujący złożył w załączeniu do oferty:

1) stosowny wykaz robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji ze wskazaniem w nim dwóch robót spełniających ww. warunek tj.:

– zrealizowania w 2009 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 4 oraz modernizacja instalacji co. przy ul. Bema 4 w Siedlcach” o wartości 1.189.744,81 zł,

– zrealizowania w 2010 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” na kwotę 778.423,98 zł,

2) dokumenty – referencje:

– z 4 grudnia 2009 r. znak PR.RI.2231-18-27/09 wystawione przez Prezydenta Miasta Siedlce dotyczące zrealizowania w 2009 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 4 oraz modernizacja instalacji co. przy ul. Bema 4 w Siedlcach o wartości 1.189.744,81 zł, w których stwierdzone zostało, że przedmiotowe zadanie zostało wykonane terminowo i z należytą starannością, osiągając dobrą wartość robót, a odwołujący podczas realizacji inwestycji wykazał się dobrą organizacją procesu inwestycyjnego,

– z 30 marca 2011 r. znak PR.RI.2231-13-24/10 wystawione przez Prezydenta Miasta Siedlce dotyczące zrealizowania w 2010 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22 na kwotę 778.423,98 zł, w których został wymieniony zakres wykonywanych robót (w tym z podziałem na roboty budowlane i roboty sanitarne)

oraz stwierdzone zostało, że przedmiotowe zadanie zostało wykonane terminowo i z należytą starannością, osiągając dobrą wartość robót, a odwołujący podczas realizacji inwestycji wykazał się dobrą organizacją procesu inwestycyjnego.

27 kwietnia 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W piśmie tym zamawiający wskazał, że cyt. „ani ze złożonych referencji, ani z wykazu robót nie wynika wprost spełnienie warunku udziału w postępowaniu [...]. Każda z referencji obejmuje szeroki zakres robót i nie potwierdza wykonania termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu na kwotę 550.000,00 zł”.

W wykonaniu ww. wezwania odwołujący 7 maja 2012 r. złożył u zamawiającego dodatkowe dokumenty (w aktach postępowania):

- załącznik Nr 3 do protokołu odbioru końcowego z 29 października 2009 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 4 oraz modernizacja instalacji co. przy ul. Bema 4 w Siedlcach” zawierający dokładne wyliczenie robót wykonanych przez odwołującego w ramach tego zadania,

- załącznik nr 1 do protokołu odbioru końcowego z 10 września 2010 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” zawierający dokładne wyliczenie rodzaju i zakresu, jak również wartości, poszczególnych robót wykonanych przez odwołującego w ramach tego zadania.

Jak z tego wynika odwołujący złożył dokumenty potwierdzające fakt wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert – minimum dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu o wartości minimum 550.000,00 zł brutto każda z nich – z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W szczególności – zdaniem odwołującego – przedstawione przez odwołującego w wykazie oraz wykazane za pomocą ww. dokumentów zadanie inwestycyjne o nazwie „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” potwierdza spełnianie warunku posiadania doświadczenia zawodowego określonego w § 3 ust. 2 pkt 1 i § 3 ust. 3 pkt 7 specyfikacji.

Jednoznacznie wynika z tych dokumentów, że odwołujący wykonał roboty ogólnobudowlane (termomodernizacje), w których skład wchodziło również ocieplenia dachu, za kwotę 553.157,00 zł brutto.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego przedstawionym odwołującemu w rozmowie telefonicznej – w skład robót budowlanych „termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu” wchodzi nie tylko same czynności związane z ociepleniem ścian czy dachów, ale także szereg robót dodatkowych, których wykonanie jest każdorazowo niezbędne dla właściwego wykonania zadania termomodernizacyjnego.

Zakres tych robót dodatkowych jest za każdym razem odmienny, w zależności od stanu budynku oraz oczekiwań zamawiających.

Sam zamawiający w swoim piśmie z 21 maja 2012 r. przyznał, że wykazane w referencjach dotyczących realizacji zadania „Termomodernizacją Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” usługi i roboty budowlane mieściły się w cyt. „szeroko pojętym procesie termomodernizacji obiektów budowlanych”.

Potwierdza to także sam zakres zamówienia, z którego wyraźnie wynika, że roboty budowlane wchodzące w zakres zadania „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkół im. Władysława St. Reymonta w Konstancinie-Jeziornie ul. Mirkowska 39” (tak: § 1 ust. 2 wzoru umowy; § 2 pkt 1 specyfikacji) polegać będą na „wykonaniu nowej elewacji z ociepleniem oraz robotami towarzyszącymi, polegającymi na przebudowie zadaszenia wejścia głównego. Izolacja wszystkich ścian zewnętrznych, stropodachów i ścian przyziemia warstwą styropianu, wykonanie wierzchniej warstwy pokrycia tynkiem bądź papą lub innymi materiałami wykończeniowymi. Oprócz izolacji należy wymienić zniszczone obróbki blacharskie, rynny, rury spustowe i parapety zewnętrzne oraz dokonać naprawy kominów, a także otworów wentylacyjnych”.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2011 r. (KIO 257/11) specyfikację należy traktować w sposób kompleksowy, przyjmując, że na jej gruncie jednakowym pojęciom nadaje się taką samą treść, chyba że co innego wprost wynika z jej treści.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że przyjęcie koncepcji, jaką w postępowaniu zaprezentował zamawiający w piśmie z 21 maja 2012 r., że podana przez zamawiającego w specyfikacji wartość robót 550.000,00 zł brutto odnosi się cyt. „Jedynie do wykonania ocieplenia ścian zewnętrznych i ocieplenia stropodachu” – w połączeniu z brakiem postanowień specyfikacji precyzujących pojęcie „roboty budowlane polegające na termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu” oznaczałoby, że w kwestii treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw odwołujący jest całkowicie zdany na swobodne uznanie zamawiającego, który arbitralnie interpretuje postanowienia specyfikacji w oparciu o sobie tylko znane kryteria uznania dokumentów za właściwe.

Powyższe należy uznać za tym bardziej uzasadnione, jeżeli zważy się, że nawet w wezwaniu odwołującego do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – zamawiający

nie wyjaśnił odwołującemu, na czym polega wadliwość złożonych przez odwołującego dokumentów, w tym w szczególności nie wskazał, aby zamawiającemu chodziło jedynie o roboty polegające na ociepleniu ścian zewnętrznych i ociepleniu stropodachu.

W orzecznictwie i literaturze przedmiotu powszechnie przyjmuje się, że taki stan rzeczy jest niedopuszczalny (np. wyrok KIO z 17 stycznia 2008 r., KIO/UZP 58/07: „Mimo braku wyraźnego wskazania w ustawie zasadne jest, aby zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie widzi w nich braki”), zaś wszelkie niejasności postanowień specyfikacji należy tłumaczyć na korzyść wykonawców (np. postanowienie KIO z 9 lipca 2008 r., KIO/UZP 636/08: „Wątpliwości powstałe na tle specyfikacji nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść”).

Zamawiający nie ma prawa dowolnego interpretowania postanowień specyfikacji i oceniania przedstawionych przez wykonawców dokumentów przez pryzmat tego, co zamawiający zamierzał napisać w specyfikacji, zamiast tego, co faktycznie w niej napisał.

Uznając za ważne z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia poszczególne warunki, zamawiający zobowiązany jest w sposób precyzyjny i jednoznaczny określić wymagania wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie pozostawiając przy tym pola do domniemań lub interpretacji (tak. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 lipca 2010 r., KIO 1202/10).

Powyższe znajduje potwierdzenie w licznych orzecznictwie m.in. zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2009 r. (KIO/UZP 916/09): „Wymagane przez zamawiającego doświadczenie, potwierdzone za pomocą stosownego wykazu dostaw i referencji, powinno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia, (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem, etc.), a nie tylko do dostaw [...] takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia”.

Na zakończenie – w odniesieniu do treści przedostatniego akapitu pisma zamawiającego z 21 maja 2012 r. (kopia w załączeniu) – odwołujący wskazuje, że rozbieżność pomiędzy kwotą, za którą została wykonana inwestycja o nazwie „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” wynikającą z wykazu robót (referencji) zamieszczoną w ofercie, a wynikającą ze złożonego załącznika Nr 1 do protokołu odbioru z 10 września 2010 r. (dostarczonego w ramach uzupełnienia dokumentów) wynika z faktu, że załączony protokół odbioru dotyczył prac na przedmiotowym obiekcie objętych umową „główną” (Nr RZP.3420-31/2010/PR z 14 kwietnia 2010 r.), natomiast odwołujący uzyskał od Miasta Siedlce również dodatkowe zamówienie na roboty, których potrzeba wykonania wynikała w trakcie prac.



Z tego wynika, że całkowita wartość wykonanych przez odwołującego prac termomodernizacyjnych w Miejskim Przedszkolu Nr 25 w Siedlcach przy ul. Okrzei 22 wyniosła 778.423,98 zł i na tę kwotę zostały odwołującemu wystawione referencje.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.05.2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.05.2012 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca **SPA VOYAGE Sp. z o.o., ul. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 25.05.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **25.05.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) i uwzględnił zarzuty odwołującego.

Uczestnik postępowania zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego **04.06.2012 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 26 ust. 3 Pzp – przez wykluczenie odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego podczas, gdy brak było podstaw do przyjęcia, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w **§ 3 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 7 specyfikacji**, że cyt. „uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał roboty budowlane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, to jest **minimum dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu o wartości minimum 550.000,00 zł brutto każda z nich**”,

– w § 3 ust. 3 pkt 7, że należy do oferty załączyć cyt. „wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, to jest **minimum dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu o wartości minimum 550.000,00 zł brutto każda z nich** – załącznik Nr 6 do SIWZ [specyfikacji]”.

Odwołujący wykazał wykonanie dwóch robót termomodernizacyjnych. Odnosnie jednej z nich zamawiający [ani uczestnik postępowania zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego] nie miał zastrzeżeń – zrealizowanie w 2009 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 4 oraz modernizacja instalacji co. przy ul. Bema 4 w Siedlcach” o wartości 1.189.744,81 zł. Natomiast w stosunku do drugiej wykazanej przez odwołującego roboty – zrealizowanego w 2010 r. zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” na kwotę 778.423,98 zł – zamawiający wezwał 27 kwietnia 2012 r. odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W piśmie tym zamawiający wskazał, że cyt. „ani

ze złożonych referencji, ani z wykazu robót nie wynika wprost spełnienie warunku udziału w postępowaniu [...]”.

Następnie odwołujący 30 kwietnia 2012 r. złożył zamawiającemu dokumenty, które zdaniem odwołującego powinny rozwiać wątpliwości zamawiającego co do spełnienia przytoczonego warunku wiedzy i doświadczenia – z załącznika nr 1 do protokołu odbioru końcowego z 10 września 2010 r. [7] wynika, że odwołujący wykonał zadanie inwestycyjne pn. „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22” na kwotę 694 748,00, a w tym cyt. „Roboty ogólnobudowlane (termomodernizacja) 553 157,00 zł” i cyt. „Roboty sanitarne 141 591,00 zł”. Wśród robót ogólnobudowlanych znalazły się cyt. „Elementy zewnętrzne (uzupełnienia posadzek w przedsionkach, remont schodów zewnętrznych wykonanie tarasów i balustrad) 79 689,00 zł”.

Jednak zamawiający wykluczył odwołującego, a jego ofertę uznał za odrzuconą. Wobec tego odwołujący złożył odwołanie, które zamawiający uwzględnił.

W związku z tym, że zamawiający uwzględnił odwołanie, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznała odwołanie, zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp.

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego stwierdził, że cyt. „w definicji termomodernizacji mieszczą się tylko prace, które wpływają na zmniejszenie zużycia energii i zmniejszenie strat cieplnych. Nie można do nich zaliczyć prac ogólnobudowlanych tak jak to przedstawił odwołujący w piśmie z 30 kwietnia 2012 r. w załączniku nr 1, gdzie w kwocie 553 000 zł m.in. znajdują się chodniki i opaska wokół budynku, elementy zewnętrzne, uzupełnienia posadzek itd. na około 80 000 zł, co wykazuje, że odwołujący nie spełnił warunku, gdyż roboty termomodernizacyjne nie osiągnęły kwoty wymaganej w specyfikacji – 550 000 zł”.

Jednak uczestnik postępowania odwoławczego nie wziął pod uwagę, że odwołujący zaprezentował wykonanie zadania i złożył zamawiającemu referencje za wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22”. Ponadto uczestnik postępowania odwoławczego również nie wziął pod uwagę, że zamawiający w specyfikacji wymagał wykazania wykonania robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu o wartości minimum 550.000,00 zł brutto.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający żądał wykazania wykonania robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku wraz z termomodernizacją dachu i wykonanie takiej roboty wykazał odwołujący:

„Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola Nr 25 wraz z wymianą instalacji co. oraz modernizacją kotłowni gazowej w Siedlcach przy ul. Okrzei 22”.

W skład każdego zadania inwestycyjnego, każdej roboty budowlanej wchodzi wiele czynności pozornie niezwiązanych z głównym przedmiotem takich jak np. sprzątnięcie, zorganizowanie objazdów, zagospodarowanie zieleni czy – jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie – uzupełnienia posadzek. Jednak te czynności wchodziły w zakres ogólnej roboty budowlanej zgodnie z nazwą, którą nadał zleceniodawca „Termomodernizacja Miejskiego Przedszkola [...]”. Uczestnik postępowania zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wykazał, że nie można wskazywać przez niego czynności zaliczyć do wykazywanej przez odwołującego roboty budowlanej.

Wobec powyższych argumentów zdaniem składu orzekającego Izby zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy i naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i w konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – przez wykluczenie odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego podczas, gdy brak było podstaw do przyjęcia, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 3 Pzp – przez brak wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu – nie może zasługiwać na uwzględnienie, gdyż naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie, nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co konkretyzowałoby się uniemożliwieniem złożenia odwołania.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 Pzp – przez uznanie, że oferta wykonawcy SPA Voyage Sp. z o.o. Mójcza 25, 26-021 Daleszyce jest najkorzystniejsza – nie może zasługiwać na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał naruszenia zasad zawartych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Również zamawiający nie wykazał naruszenia art. 91 Pzp mimo ogólnego przytoczenia tego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady udzielania zamówienia zgodnie z przepisami ustawy nie zasługuje na uwzględnienie, jako zbyt ogólny i nie dowiedziony przez odwołującego.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z

dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: »Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«. Pod rządami tej ustawy odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący wystarczająco wykazał naruszenie przez zamawiającego szczegółowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aby odwołanie mogło być rozpoznane, mimo nie wykazania naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Także zamawiający nie wykazał naruszenia art. 91 Pzp, gdyż odwołujący tylko ogólnie przytoczył ten przepis i nie sformułował konkretnego zarzutu ani nie podjął próby wykazania naruszenia wskazanego przepisu.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

**Przewodniczący:**

.....