

Sygn. akt: KIO 1032/11

WYROK
z dnia 25 maja 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2011r. przez **Odwołującego** Zygmunta Pyzika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PYZIK” Usługi Budownictwo Handel Zygmunt Pyzik; 38-321 Moszczenica 486 w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gorlice ul. Zagórzany 343; 38-333 Zagórzany

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie oraz ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego po uprzednim wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych co do spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego opisanego w pkt 5.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gorlice ul. Zagórzany 343; 38-333 Zagórzany i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie złotych: dziesięć tysięcy) uiszczoną przez Zygmunta Pyzika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PYZIK” Usługi Budownictwo Handel Zygmunt Pyzik; 38-321 Moszczenica 486 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gorlice ul.

Zagórzany 343; 38-333 Zagórzany na rzecz Zygmunta Pyzika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PYZIK” Usługi Budownictwo Handel Zygmunt Pyzik; 38-321 Moszczenica 486 kwotę 10.000,00 zł (słownie złotych: dziesięć tysięcy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Nowym Sączu.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 21 kwietnia 2011r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 88 560.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest Przebudowa drogi leśnej Szymbark - Morskie Oko nr 49/V w leśnictwie Stróże w oddz.350,351 oraz 348 o długości 1600m.

Odwołanie złożył Zygmunt Pyzik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "PYZIK" Usługi Budownictwo Handel Zygmunt Pyzik; 38-321 Moszczenica Nr 486 zwany dalej „Odwołującym”.

Zamawiającym jest: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gorlice 38-333 Zagórzany Nr 343 zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołujący wskazał następujące czynności Zamawiającego, którym zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą Pzp”:

1. odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku badania i oceny oferty Odwołującego,
2. wybór oferty najkorzystniejszej

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 5.2 i 6.6.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uzasadnieniem braku referencji, które odpowiadałyby swoim rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia. Podczas gdy referencje wskazywały na realizację robót w ramach następujących zadań: - "Budowa wewnętrznej drogi dojazdowej (...)" - budowa drogi dojazdowej do pawilonu handlowego (...) - "budowa centrum wsi (...)" - prace ogólnobudowlane (...) i wykazują zrealizowanie przez odwołującego robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Interes prawny Odwołującego został naruszony, ponieważ jego oferta jest najkorzystniejszą biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny ofert - kryterium ceny -100%.

Odwołujący przedstawił następujące żądania:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący na poparcie odwołania wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Zamawiający pismem z 13.05.2011r., doręczonym Odwołującemu faxem w dacie 13.05.2011r. poinformował o wynikach badania i oceny ofert, a także o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez PHUP " ZAREMBA" Marian Zaręba, Przewoźnik 67,33-370 Muszyna.

Kluczowym w sprawie jest fakt, że zamawiający niezasadnie dokonał odrzucenia oferty

Odwołującego powołując się na brak referencji, pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 10.05.2011r. i uzupełnienia oferty za pismem z dnia 13.05.2011 r

Zamawiający sam doprecyzował, co rozumie przez roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia wskazując, iż winny one dotyczyć remontów lub budowy dróg w ogólności.

Zgodnie z treścią art. 6 ust 1 pkt 8 Ustawy z 28.09.1991 o lasach- drogi leśne w rozumieniu przepisów ustawy to drogi położone w lasach niebędące drogami publicznymi w rozumieniu przepisów o drogach publicznych.

Przedmiotowa ustawa nie zawiera osobnej definicji drogi, stąd w zakresie wyróżnienia obiektu budowlanego odpowiadającego cechom drogi jako takiej, koniecznym jest odpowiednie odniesienie się do zapisów Ustawy z 21.03.1985 r. o drogach publicznych. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 2 powołanej regulacji droga stanowi budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym.

Odwołujący zaznacza, że drogi leśne nie pozostają szczególną kategorią techniczną wymagającą szczególnej wiedzy w przedmiocie zasad ich wykonania, o czym świadczy choćby wskazany w pkt 5.3. potencjał techniczny, wystarczający do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazuje, że odrzucenie jego oferty pozostaje nieuzasadnione. W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosi jak we wstępie niniejszego odwołania.

Pismem z dnia 23 maja 2011r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający potwierdził, że wymagał doświadczenia w budowie dróg w ogólności i w tym kontekście dokonał oceny doświadczenia Odwołującego, a nie w kontekście budowy dróg leśnych.

Zamawiający dokonując oceny złożonych dokumentów na potwierdzenie doświadczenia zawodowego i wiedzy w tym również w wyniku uzupełnienia na wezwanie z dnia 10 Maja 2011r. nie stwierdził posiadania doświadczenia zawodowego wymaganego zgodnie z SIWZ.

W szczególności odnosząc się do doświadczenia z Urzędu Miasta Jasło to jak Zamawiający się dowiedział roboty nie zostały zakończone i odebrane. Roboty przedstawione na podstawie rekomendacji Firmy Handlowo –Usługowej Bogdan Kozak w Dominikowicach wskazują również na inne roboty niż drogowe.

Natomiast roboty przedstawione przy ofercie nie są robotami drogowymi w ogólnym tego słowa znaczeniu, ponieważ dotyczą np.: placu rekreacyjnego, placu wokół szkoły i parkingu.

Zamawiający uznał, że z przedstawionych referencji nie wynika doświadczenie w zakresie remontu lub budowy dróg o wartości co najmniej 100.000 zł. netto każda, ponieważ nie wynika z nich jaki zakres robót obejmowała budowa drogi oraz jaka była wartość tych prac.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła

Na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Izba ustaliła co następuje.

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy przebudowy drogi leśnej na odcinku Szymbark-Morskie Oko o długości 1.600m. Przedmiot zamówienia został określony jako roboty budowlane na drodze leśnej (pkt 3.3.1. Opis przedmiotu zamówienia). Przedmiot zamówienia jest realizowany na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ (pkt 3.3.2. Opis przedmiotu zamówienia). Przedmiar robót stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ zawiera następujące roboty: roboty przygotowawcze w tym mechaniczne karczowanie pni i oczyszczanie terenu z pozostałości po wykarczowaniu (drobne gałęzie, korzenie, kora i wrzos), roboty ziemne w tym wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami podsiębrnymi, ręczne formowanie nasypów z ziemi leżącej na odkładzie, roboty wykonywane koparkami przedsiębiornymi, formowanie i zagęszczanie nasypów, nawierzchnia w tym mechaniczne profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni, podbudowa z kruszywa naturalnego, roboty różne w tym ręczne wykopy ciągłe lub jamiste ze skarpami, konstrukcje drewniane z wyrębami z drewna okrągłego, wykonanie wodospustów z drewna okrągłego, oczyszczanie przepustów z namułu.
2. Zamawiający ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i

doświadczenia zawodowego. Zgodnie z pkt.5.2. SIWZ Wiedza i doświadczenie. Opis sposobu dokonywania oceny tego warunku, wymagano od potencjalnych wykonawców: zrealizowania minimum 2 przedsięwzięć zrealizowanych w okresie ostatnich pięciu lat , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie , odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w zakresie remontu lub budowy dróg o wartości minimum 100.000-PLN netto każde oraz wykonawcy przedstawią dokumenty (np.: referencje, protokoły odbioru) w ilości minimum dwóch od poprzednich Zamawiających potwierdzające, że w/w wymienione prace zostały wykonane z należytą starannością. W pkt 6 Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. ppkt 6.5. Wykaz Przedsięwzięć zrealizowanych zestawionych ściśle wg załącznika nr 3 do SIWZ „Doświadczenie techniczne”. W ppkt 6.6.6. Dokumenty (referencje, protokoły odbioru technicznego) w ilości minimum 2 od poprzednich zamawiających, że prace wymienione w załączniku nr 3 zostały wykonane z należytą starannością.

3. Odwołujący do oferty załączył Wykaz pn. Doświadczenie Techniczne (jakość robót) według załącznika nr 3 do SIWZ, w którym wykonawcy mieli wykazać minimum 2 przedsięwzięć zrealizowanych w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w zakresie remontu lub budowy dróg, o wartości minimum 1000 000,-PLN netto każde.

W wykazie Odwołujący przedstawił następujące roboty:

1. Budowa centrum wsi (plac rekreacyjny)wraz z remontem budynku remizy OSP w miejscowości Koszyce Wielkie w okresie od 24.06.2010do 18.11.2010, wartość całkowita 791. 979,90 zł. dla Urzędu Gminy Tarnów;
2. Prace ogólnobudowlane dotyczące odbudowy zniszczonej nawierzchni placu wokół szkoły i parkingu przy szkole w Siarach w okresie od m-ca 05.2009r. do 09.2009r., wartość całkowita 208.492,05 zł. dla Urzędu Gminy Sękowa;
3. Zagospodarowanie przestrzeni publicznej miejscowości Turza ze szczególnym uwzględnieniem funkcji społeczno-kulturowych w okresie od m-ca 02.2010r. do 10.2010r, wartość całkowita 164.172,62zł. dla Parafii Rzymskokatolickiej w Turzy.

Do wykazu Odwołujący załączył następujące referencje.

Ad.1. Rekomendacja z dnia 16 luty 2011r., w którym zakres robot został podzielony na 1.Budynek OSP i 2.Plac centrum. W pierwszej części wyspecyfikowano roboty na budynku OSP w tym zabezpieczenie fundamentów, drenaż opaskowy, wykonanie parkingu z kostki brukowej w ilości 200m²; w drugiej części wyspecyfikowano takie roboty jak: wykonanie placu z nawierzchni z kostki brukowej ilości ok.1609 m², ułożenie płyt deptakowych, odwodnienie, kanalizacja deszczowa, korytowanie stawu, usuwanie mułu, profilowanie brzegów, umocnienie

brzegów narzutem kamiennym, wyłożenie dna stawu kamieniem otoczakiem, wykonanie zatoki przystankowej. Rekomendująca Gmina Tarnów oświadczyła, że wszystkie prace zostały wykonane fachowo, solidnie zgodnie z technologią i sztuką budowlaną.

Ad.2. Referencja z dnia 16.10.2009r., w którym zakres robót obejmował między innymi prace: wykonanie odwodnienia terenu wokół szkoły i parkingu (kanalizacja deszczowa), założenie przepustów pod zjazdami, wykonanie podbudowy z pospółki gr.15 cm, wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego gr.25 cm, ułożenie nawierzchni kostki brukowej gr.6-8 cm. na podsypce cementowo- piaskowej w ilości 1242 m², wykonanie ściany oporowej w ilości 39 m².

Wystawiająca referencję Gmina Sękowa oświadczyła, że prace zostały wykonane solidnie i zgodnie ze sztuką budowlaną.

Ad.3. Protokół odbioru z dnia 22.10.2010r. nie wyszczególnia zakresu i rodzaju wykonanych robót, na zadaniu "Zagospodarowanie przestrzeni publicznej miejscowości Turza ze szczególnym uwzględnieniem funkcji społeczno-kulturowych". Komisja w składzie Proboszcz i Inspektor stwierdzają, że praca została wykonana zgodnie z umową.

4. Pismem z dnia 10 maja 2011r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Z pisma wynikało, że Zamawiający prosił o udzielenie w terminie 3 dni wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w części dotyczącej wiedzy i doświadczenia. Bowiem wskazane w ofercie na stronach 10-12 referencje, nie odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający żądał na okoliczność wyjaśnienia treści oferty dostarczenia stosownych referencji i uprzedził, że niezłożenie wyjaśnień uniemożliwi dokonanie oceny oferty, co skutkować będzie jej odrzuceniem na podstawie art.89 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
5. W wyniku wezwania z dnia 10 maja 2011r. Odwołujący za pismem przewodnim z dnia 13.05.2011r. dołączył brakujące referencje. Oprócz nowych referencji Odwołujący złożył nowy Wykaz wykonanych robót i załączył nowe referencje. W wykazie Odwołujący przedstawił następujące roboty:
 1. Budowa drogi dojazdowej do Pawilonu Handlowego przy ul. Kolejowej w Sanoku, w okresie od m-ca 11.2010r. do 05.2011r. wartość robót 349.079,09 zł., dla Urzędu Miasta w Jaśle.
 2. Budowa wewnętrznej drogi dojazdowej z chodnikiem i miejscami postojowymi oraz przebudowa kolidującej infrastruktury przy ul. Piotra Skargi i ul. Farnej w Jaśle, w okresie od m-ca 04.2008r. do 07.2008r., wartość robót 131.760,00zł. dla Bogdana Kozaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa Bogdan Kozak .

Do wykazu Odwołujący załączył następujące referencje.

Ad.1. Referencje z dnia 05.05.2011r. której zakres robót obejmował między innymi prace: roboty ziemne, niwelacja terenu, plantowanie, obsianie skarp trawą, podbudowa kruszyw naturalnych w ilości ok.2000m², wykonanie nawierzchni z kostki brukowej ok.2.0000m², ułożenie krawężników wykonaniem law 301m, ułożenie obrzeży betonowych w ilości 120m, wymiana instalacji gazowej stalowej na PEHD, wykonanie instalacji kanalizacyjnej, wykonanie instalacji wodociągowej, montaż studni rewizyjnych, wymiana instalacji telekomunikacyjnej z wymiana słupów. Wartość prac wyniosła 349.079,09 brutto. Prace zostały wykonane terminowo, zgodnie z umową i sztuką budowlaną.

Ad.2. Rekomendacja z dnia 18.12.2008r. zakres robót obejmował między innymi prace: wykonanie kanalizacji deszczowej, korytowanie i wywóz ziemi, wykonanie przepustów i rowów odwadniających, podbudowa żwirowa, podbudowa z tłuczni, wykonanie nawierzchni z kostki brukowej, plantowanie terenu oraz sianie trawy. Łączna wartość prac wynosi 108.000,00zł.Prace zostały wykonane terminowo i zgodnie ze sztuką budowlaną.

6. Zamawiający pismem z dnia 13.05.2011r. L.dz. S-2710-4/11 powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przyznał, że zwrócił się (...)o uzupełnienie brakujących referencji gdyż te wskazane w ofercie nie odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wykonawca złożył dnia 13.05.2011r. dodatkowe referencje, jednak i one nie spełniają określonych w punkcie 5.2. SIWZ wymogów. Biorąc powyższe pod uwagę zgodnie z art.89 ust.1 Zamawiający odrzucił ofertę jako nie spełniającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
7. Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego na dowód, iż charakter prac wykonywanych na rzecz Gminy Tarnów, Gminy Sękowa i Parafii Rzymskokatolickiej w Turzy odpowiada rodzajowo robotom przewidzianym w SIWZ przedłożył do wglądu mapy sytuacyjne poszczególnych zamówień, które obrazują roboty wskazujące na zdobyte doświadczenie przy budowie dróg dojazdowych, parkingów, placów z nawierzchni brukowej, przebudowa i remont chodnika, układania płyt deptakowych, odwodnienia, kanalizacji deszczowej, korytowania stawu, usuwania mułu, profilowania brzegów, umacniania brzegów narzutem kamiennym, wykładania dna stawu kamieniem otoczakiem, wykonania zatoki przystanku autobusowego, wykonanie odwodnienia terenu wokół szkoły i parkingu (kanalizacja deszczowa), założenie przepustów pod zjazdami, wykonanie podbudowy z pospółki gr.15 cm, wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego gr.25 cm, ułożenie nawierzchni kostki brukowej gr.6-8 cm. na podsypce cementowo- piaskowej w ilości 1242 m², wykonanie ściany oporowej w ilości 39 m², plac, ścieżki, parking, chodnik.

Izba zważyła

Rozważając zasadność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz na podstawie wyjaśnień stron na rozprawie i złożonych dokumentów Izba zważyła co następuje.

Z powyżej przedstawionych ustaleń czy to na podstawie Wykazów złożonych przez Odwołującego, czy to dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy (rekomendacja, referencja, protokół odbioru), czy to z planów sytuacyjnych i wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że wykonany przez Odwołującego zakres robót w poszczególnych zamówieniach obejmował nie tylko prace zbieżne z przedmiotem zamówienia czyli z przebudową drogi leśnej, ale również z remontem budynku (remont dachu, wymiana stolarki okiennej PCV i drzwiowej aluminium, wykonanie docieplenia oraz elewacji budynku), wykonaniem oświetlenia ulicznego, altan drewnianych z pomostami, placem zabaw wraz z wyposażeniem oraz placem pod zestaw wspinaczkowy, ogrodzeniem panelowym, fundamentem pod pomnik, sadzeniem drzew i krzewów iglastych, zakupem oraz montażem ławek parkowych, trawnikami i zielenią. W związku z powyższym nie wszystkie prace wykonywane w ramach przedstawionych robót budowlanych można zakwalifikować do doświadczenia wymaganego do ubiegania się o zamówienie przebudowy drogi leśnej Szymbark-Morskie Oko.

Natomiast nie można przedstawionych przez Odwołującego robót budowlanych zdyskwalifikować jako nieprzydatnych do przedstawienia doświadczenia i wiedzy do budowy drogi leśnej, z uwagi na to że zawierają szerszy zakres robót niż odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia to jest opisowi „Przebudowa drogi leśnej Szymbark-Morskie Oko. Bowiem jak Izba ustaliła przedstawione roboty budowlane zawierają prace odpowiadające co do swego rodzaju pracom będącym przedmiotem zamówienia (Przebudowa drogi leśnej Szymbark-Morskie Oko). I tak jak powyżej Izba ustaliła do prac odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia należy zaliczyć w szczególności następujące prace: budowa dróg dojazdowych, parkingów, placów z nawierzchni brukowej, przebudowa i remont chodnika, układanie płyt deptakowych, odwodnienia, kanalizacja deszczowa, korytowania stawu, usuwania mułu, profilowania brzegów, umacniania brzegów narzutem kamiennym, wykładania dna stawu kamieniem otoczakiem, wykonania zatoki przystanku autobusowego, wiaty przystankowej, wykonania odwodnienia terenu wokół szkoły i parkingu (kanalizacja deszczowa), założenie przepustów pod zjazdami, wykonania podbudowy z pospółki gr.15 cm, wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego gr.25 cm, ułożenie nawierzchni kostki brukowej gr.6-8 cm. na podsypce cementowo- piaskowej w ilości 1242 m², wykonanie ściany oporowej w ilości 39 m², budowa placu przed kościołem, ścieżki, parkingu, chodnika.

Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do charakteru tych prac w znaczeniu ich przydatności do oceny wiedzy i doświadczenia w zakresie remontu dróg leśnych, ale mógł mieć wątpliwość co do udziału wartościowego (dwie drogi o wartości każda co najmniej 100.000,00 zł netto) prac odnoszących się do remontu dróg w przedstawionych poszczególnych pracach budowlanych nawet gdy wartość poszczególnych robót przekraczała znacznie 100.000,00 złotych.

W powyższym przypadku Zamawiający był zobowiązany wystąpić do Odwołującego z wezwaniem w trybie art.26 ust.4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zgodnie z którym Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy.

Z okoliczności sprawy wynika, że Zamawiający miał wątpliwości co do tego czy przedstawione roboty odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia i wątpliwości takie podjął na podstawie przedstawionych do oferty dokumentów potwierdzających jakość wykonanych prac (rekomendacji, referencji, protokołu odbioru prac).

Izba oceniając zgromadzony materiał w sprawie (oferta Odwołującego – wykaz i referencje, uzupełnienie w dniu 13 maja 2011r. doświadczenie techniczne – wykaz i referencje) nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty z powodu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 ustawy Pzp – z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą) na skutek nie spełnienia wymogu doświadczenia technicznego (posiadanie wiedzy i doświadczenia – art.22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp).

Natomiast co do oceny, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty pismem z dnia 10.05.2011r. to jest do złożenia „stosownych referencji”, z uwagi na to, że wskazane w ofercie referencje, nie odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, pod groźbą odrzucenia oferty i w wyniku tego wezwania złożenia w dniu 13 maja 2011r. nowego Wykazu i nowych referencji, to Izba zważyła jak poniżej.

W ocenie Izby nie można obarczać negatywnymi skutkami Odwołującego, który zastosował się do niejednoznacznego w swej treści wezwania Zamawiającego z dnia 10 maja 2011r. i doręczył nowy wykaz i nowe referencje, a które to wezwanie Zamawiającego nie zawierało podstawy prawnej wezwania oraz w swej treści było sprzeczne, ponieważ z jednej strony Zamawiający żądał wyjaśnienia treści oferty (oświadczenia Odwołującego), a z drugiej strony w tym samym celu żądał nowych dokumentów to jest referencji.

Bowiem z treści tego pisma wynikało, że Zamawiający żądał wyjaśnienia treści oferty co kwalifikowałoby wezwanie do dyspozycji zawartych w art.26 ust.4 ustawy Pzp zgodnie z którym Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (art.25 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaproszeniu do składania ofert).

W ocenie Izby sam tytuł wezwania wskazywał na złożenie wyjaśnień. Natomiast z treści wezwania wynikało, że Zamawiający żąda złożenia referencji, które ze swej istoty służą potwierdzeniu należytego wykonania umowy, a nie zakresu, rodzaju, ilości i innych cech opisujących zrealizowane zamówienie. Zamawiający wystosowując wyżej wymienione pismo do Odwołującego nie podał podstawy prawnej tegoż wezwania.

Pismo Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne, co już stwierdzono powyżej, ponieważ z jednej strony Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień oferty, a z drugiej strony żąda złożenia nowych dokumentów i wszystko to w celu wyjaśnienia treści oferty w zakresie spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby tak sformułowane wezwanie nie jest możliwe do wykonania.

Bowiem żądanie złożenia wyjaśnień wyklucza żądanie złożenia dokumentów (referencji) na potwierdzenie tej samej okoliczności to jest w przedmiotowym przypadku spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby pismo to nie wywołuje skutków prawnych w nim przewidzianych (wezwanie pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 ustawy Pzp) w przypadku nie dostosowania się do wezwania Zamawiającego, ponieważ jest ono niewykonalne dla wykonawcy (Odwołującego).

Niemniej w wyniku wezwania Zamawiający ma aktualnie do oceny pięć robót na dwie wymagane co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Reasumując Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty, niemniej uznała po stronie Zamawiającego za uzasadnione przy ponownym badaniu i ocenie ofert, wezwanie Odwołującego w trybie art.26 ust.4 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy udział robót odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia w poszczególnych robotach budowlanych ujętych w Wykazach miały wymaganą wartość co najmniej 100. 000,00zł

netto każda, co najmniej dla dwóch robót.

Izba na podstawie art. 192 ust.7 ustawy Pzp orzekła w granicach zarzutów odwołania, uwzględniając żądania na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp, ponieważ stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art.7 ust.1 i art.89 ust.1 ustawy Pzp w związku z pkt 5.2. i 6.6.5 SIWZ, które mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zł.

Przewodnicząca