

Sygn. akt: KIO 1415/11

WYROK
z dnia 14.07.2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14.07.2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **04.07.2011 r.** przez wykonawcę **POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., ul. Dworcowa 29, Bonikowo, 64-000 Kościan** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Zarząd Dróg w Rawiczu, ul. Podmiejska 10, 63-900 Rawicz**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jednocześnie nakazując w ramach niniejszej czynności wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu

2. kosztami postępowania obciąża Powiatowy Zarząd Dróg w Rawiczu, ul. Podmiejska 10, 63-900 Rawicz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., ul. Dworcowa 29, Bonikowo, 64-000 Kościan** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Powiatowego Zarządu Dróg w Rawiczu, ul. Podmiejska 10, 63-900 Rawicz** na rzecz **POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., ul. Dworcowa 29, Bonikowo, 64-000 Kościan** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Przebudowa mostu nr JN1 01020451 na rzece Orli w m. Jutrosin, wraz z przebudową dojazdów i infrastruktury towarzyszącej”, zostało wszczęte przez Powiatowy Zarząd Dróg, ul. Podmiejska 10, 63-900 Rawicz zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 152294 - 2011 z dnia 10.06.2011 r.

W dniu 29.06.2011 r. Zamawiający poinformował (faxem), a 30.06.2011 r. pisemnie o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) Leszczyńskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. (Lider); 2) Drogi i Mosty Antoni Popowski (Partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Energetyków 6, 64-100 Leszno oraz wykluczeniu z udziału w podstępowaniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” i odrzuceniu oferty na podstawie 89 ust 1 pkt 5 Pzp POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., ul. Dworcowa 29, Bonikowo, 64-000 Kościan zwany dalej: „POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. W opinii Zamawiającego warunek „Wiedzy i doświadczenia” nie został spełniony. Stwierdził, że przedstawione roboty budowlane nie są to roboty budowlane o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zadania będącego przedmiotem zamówienia. Albowiem zakres zadania obejmuje przebudowę istniejącego mostu, a nie przebudowę mostu na przepust. Zakres prac jaki należy wykonać w obu tych robotach jest nieporównywalnie różny. Przebudowując istniejący obiekt mostowy trzeba wykonać szereg specjalistycznych zabiegów przy użyciu równie specjalistycznego sprzętu i kadry technicznej. Zgodnie z art. 3 ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) przebudową jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Stwierdził, że określenie „przebudowa mostu na przepust” użyte w nazwie wskazanego przez Wykonawcę zadania, a także określenie to użyte w opisie zadania wskazanego w dokumencie „Wykaz robót budowlanych” nie jest równoznaczne i nie może być rozumiane jako „przebudowa mostu”, stanowiące wymóg Zamawiającego podany w powołanym opisie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że wykazane zadanie inwestycyjne, mimo użycia w jego nazwie słowa „przebudowa” stanowiło w istocie „przebudowę mostu na przepust”, natomiast nie może być uznane za „przebudowę mostu”.

W dniu 04.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp, POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.07.2011 r. (faxem).

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, 91 ust. 1 Pzp oraz innych wynikających z zamieszczonego poniżej uzasadnienia niniejszego odwołania. Wnosił o:

- a) unieważnienie decyzji Zamawiającego w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) unieważnienie decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania jako naruszającej art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4, oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- c) dokonanie ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty Odwołującego, uznając, iż spełnił on poprzez robotę wykazaną w ofercie warunek udziału w postępowaniu w zakresie przebudowy mostu;
- d) ewentualnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowe ukończenie.

Przywołał określenie przedmiotu zamówienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. zakres zamówienia: *„Przebudowę mostu nr JNI 01020451 na rzece Orli w m. Jutrosin, wraz z przebudową dojazdów i infrastruktury towarzyszącej. Zakres prac obejmuje: 1) przebudowa mostu: * roboty przygotowawcze (roboty pomiarowe), * remont płyty ustroju nośnego mostu (demontaż poręczy stalowych, krawężników, frezowanie żelbetowej płyty mostu, rozbiórka betonu ochronnego i wyrównawczego, rozbiórka chodników, płyt przejściowych i izolacji z papy, montaż zbrojenia, wykonanie płyty pomostu, kap chodnikowych, płyt przejściowych; izolacja bitumiczna mostu; nawierzchnia), * remont stożków, murków oporowych, skarp, podpór i przyczółków. 2) przebudowa dojazdów do mostu (odcinek od mostu do skrzyżowania z drogą powiatową nr 5496P Grąbkowo - Jutrosin): * rozbiórka elementów dróg, * roboty ziemne, * podbudowa, * nawierzchnia, * zjazdy, * oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu (bariery ochronne stalowe). 3) przebudowa dojazdów do mostu (odcinek od skrzyżowania z ul. Mickiewicza do skrzyżowania z ul. Wodną): * roboty przygotowawcze, * rozbiórka elementów dróg, * kanalizacja deszczowa (przebudowa studzienek ściekowych kanalizacji deszczowej, regulacja pionowa studzienek dla urządzeń podziemnych), * podbudowa, * nawierzchnia, * elementy ulic (ustawienie krawężników, remonty cząstkowe nawierzchni z kostki brukowej). 4) przebudowa dojazdów do mostu (odcinek od ul. Wodnej do mostu): * roboty przygotowawcze (roboty pomiarowe, usunięcie drzew i krzewów, roboty rozbiórkowe*

*nawierzchni i chodników), * roboty ziemne, * odwodnienie korpusu drogowego (kanalizacja deszczowa), * podbudowa, * nawierzchnia, * oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu (bariery ochronne stalowe, poręcze ochronne sztywne z pochwytem), * elementy ulic (krawężniki betonowe, obrzeża, wjazdy i wyjazdy). 5) przebudowa infrastruktury towarzyszącej: *przebudowa kanalizacji kablowej wraz z kablami metalicznymi, * zabezpieczenie istniejących kabli, * regulacja istniejących studni.”.*

Wskazał na warunek udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – Sekcja III pkt 3.2 ogłoszenia dotyczący wiedzy i doświadczenia, w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego, wskazany także w treści SIWZ (Rozdz. 6 pkt. 6.2 ppkt 1) – „III.3) WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW

III.3.2) Wiedza i doświadczenie

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie; wykonał zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub remoncie mostu na wartość minimum 300 tys. PLN, oraz robotę polegającą na przebudowie/budowie drogi/ ulicy o wartości minimum 1 mln PLN, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”.

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Zamawiający wymagał od ubiegających się o udzielenie tego zamówienia złożenia wraz z ofertą stosownego wykazu – rozdz. 7 pkt 7.2 ppkt 1 SIWZ, czy też Sekcja III.4.1 ogłoszenia - „III.4.1) W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, należy przedłożyć: wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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”.

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Odwołujący, jak podniósł, złożył wraz z ofertą w treści załącznika nr 4 do oferty wypełniony wykaz robót budowlanych.

Wykonawca stwierdził, iż wykonał zamówienie określone rodzajowo jako: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 303 w m. Chobienice na odcinku od km 29+804 do km

31+448 długości 1,644 wraz z przebudową mostu na przepust z blachy falistej (rz. Szarka). Całkowita wartość wykazanego zamówienia wyniosła 4.702.060,93, zakończenie realizacji zamówienia nastąpiło w dniu 30.06.2010 r. na rzecz WZDW Poznań. Jak wynika z opisu wymagań zawartego w tabeli przebudowa drogi wyniosła 3.782.690,48, zaś przebudowa mostu 919,370, 45 zł brutto.

Wykonawca w celu potwierdzenia wykonania powyższych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowego ich ukończenia przedłożył referencje inwestora. Zamawiający jak wynika z treści powiadomienia, uznał, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu powyżej wykazanym zamówieniem.

Zamawiający podkreślił w zawiadomieniu, iż wykazana robota polegała na 1 robocie polegającej na przebudowie drogi wraz z przebudową mostu na przepust bowiem przedmiot zamówienia obejmuje przebudowę mostu a nie przebudowę mostu na przepust.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na brzmienie warunku udziału w postępowaniu: „(...)wykonał zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub remoncie mostu na wartość minimum 300 tys. PLN”. Warunek udziału w postępowaniu wskazuje, iż będzie spełniała wymaganie Zamawiającego każda robota budowlana polegająca m.in. na przebudowie.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy prawo budowlane a także zakresem rzeczowym uprzednio wykonanej roboty, jak również potwierdzeniem jakości wykonania zamówienia przez poprzedniego inwestora w postaci referencji, przedmiotem uprzednio wykonanej roboty była przebudowa mostu. Tak więc, tak postawiony warunek udziału w postępowaniu został spełniony za pomocą wykazanej roboty. SIWZ, ani ogłoszenie nie zawierały w tym zakresie jakichkolwiek wyłączeń/wykluczeń/ograniczeń.

Aktualna próba interpretacji warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego stanowiłaby niedopuszczalną zmianę warunku na etapie po złożeniu ofert. Próba ta w istocie sprowadza się do próby zawężonej interpretacji warunku pomimo jego odmiennego brzmienia w SIWZ.

Zamawiający argumentując wskazywał na odmienny zakres przedmiotu niniejszego zamówienia - przebudowa mostu (nie na przepust). Odwołujący wskazywał, iż Zamawiającego wiąże warunek udziału w postępowaniu określony czytelnie i jednoznacznie w SIWZ. Aktualna próba zawężającej interpretacji warunku w oparciu o przedmiot zamówienia, po pierwsze, nie znajduje oparcia w treści samego warunku, po drugie zaś stanowi niezgodną z przepisami Pzp próbę zmiany tego warunku na obecnym etapie, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego spełnił postawiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu. Przywołuje wyrok KIO 23.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1637/10; KIO/UZP 1644/10. Podnosił, że co istotne jednak w tym postępowaniu warunek jest

jednoznaczny. Odnośnie sposobu interpretacji warunku udziału w postępowaniu w kontekście przedmiotu zamówienia wskazał na wyrok KIO z dnia 28.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 863/10. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i w tej okoliczności zaniechanie obligatoryjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przywołał opinię prawną UZP - *„Obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp”*: Wskazał także na orzecznictwo KIO w tym zakresie wyrok KIO z dnia 29.11.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2505/10, czy też wyrok KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1819/10. Mając powyższe na względzie Odwołujący wskazał na zaniechanie obligatoryjnej czynności Zamawiającego jaką byłoby zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia stosownych dokumentów poprzedzające czynność wykluczenia z przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 04.07.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie zostały zgłoszone.

W dniu 11.07.2011 r. (faxem), a 12.07.2011 r. pisemnie Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Zamawiający podtrzymał stanowisko będące podstawą wykluczenia z przetargu Odwołującego oraz wnosil o: a) oddalenie odwołania w całości, b) dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu, c) przesłuchanie za stronę Zamawiającą Kierownika Powiatowego Zarządu Dróg w Rawiczu Henryka Lipowczyka, wezwania na adresy strony.

Zamawiający przyznał, iż dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego przebudowy mostu nr JN1 01020451 na rzece Orli w m. Jutrosin, wraz z przebudową dojazdów i infrastruktury towarzyszącej. Podstawą powyższego był brak wymaganego doświadczenia i wiedzy po stronie Odwołującego. Zamawiający bowiem uznał, iż zakres prac szczegółowo wskazany w przedstawionych referencjach, w najmniejszym stopniu i podobieństwie nie odpowiadał przedmiotowi zamówienia.

Przedmiotem zamówienia była przebudowa mostu w miejscowości Jutrosin na rzece Orli. W SIWZ Zamawiający w pkt 6.2 określił jako warunek uczestnictwa w przetargu udowodnienie odpowiednim dokumentem wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy, przebudowy, remontu mostu za sumę minimum 300.000 zł.

Referencje Odwołującego z dnia 07.12.2010 r. obejmowały zadanie na sumę 4.702.060,93 zł „Przebudowa mostu na przepust z blachy falistej”. Niżej wskazano, iż prace dotyczyły przebudowy mostu kamienno-żelbetonowego o konstrukcji nośnej z belek na przepust stalowy tj. rozbiórki istniejącego obiektu mostowego oraz wykonanie przepustu z blach falistych.

Dla oceny posiadania doświadczenia wymaganego pkt 6.2 SIWZ należy odwołać się do ustawy Prawo Budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 ze zm.). Odwołujący podnosi, iż zakres prac objętych referencjami z dnia 07.12.2010 r. obejmował przebudowę mostu. Zgodnie natomiast z art. 3 pkt 7a podniesionej ustawy jako przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. W sposób oczywisty rozbiórka obiektu mostowego, w miejsce którego wykonano przepust nie może więc wchodzić w zakres w/w definicji. Wykonane prace bowiem doprowadziły do zmiany wskazanych charakterystycznych parametrów takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość. Podobnie nie odpowiada użytym również w pkt 6.2 SIWZ określeniom budowa i remont (odpowiednio zdefiniowanymi w art. 3 pkt 6 i 8 Prawa budowlanego). Rozróżnienia określił budowa, przebudowa, remont oraz rozbiórka dokonał ustawodawca, także w art. 3 pkt 7 ustawy, w którym wszystkie wskazane zakresy prac, osobno umieścił jako części robót budowlanych. Referencje Odwołującego jednoznacznie wskazują, iż ten dokonał wprawdzie rozbiórki istniejącego obiektu mostowego (co nie wchodzi w zakres budowy, przebudowy, remontu mostu), a następnie wykonał w jego miejsce przepust (co również nie wchodzi w zakres budowy, przebudowy, remontu mostu). Tak więc prace w postaci „Przebudowy mostu na przepust z blachy falistej”, których istotą była rozbiórka istniejącego obiektu mostowego i wykonanie w jego miejsce przepustu nie odpowiadało warunkom doświadczenia wymaganego od oferentów.

Zamawiający podkreślił, że referencje przedstawione przez Odwołującego dnia 07.12.2010 r. jedynie z nazwy mogły sugerować wypełnienie warunków posiadania odpowiedniego doświadczenia zawarte w SIWZ. Na stronie 4 SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, iż oczekuje od oferentów doświadczenia w zakresie „budowy, przebudowy lub remontu mostu”. Z kolei w referencjach z dnia 07.12.2007 r. Odwołujący przedstawił dowód na doświadczenie nie spełniające przesłanek „przebudowy mostu”. Szczegółowy zakres prac wskazany w referencjach w świetle obowiązujących przepisów prawa oraz doświadczenia zawodowego nie odpowiadał postawionym warunkom. Integralną część SIWZ dostępną Odwołującemu były Szczegółowe Specyfikacje Techniczne. Wśród nich Zamawiający zgodnie z wiedzą techniczną wskazał Oferentom jaki rodzaj przedsięwzięć należy rozumieć

pod pojęciem robót mostowych (SIWZ str. [132-350]), a jaki robót drogowych (SIWZ str. [1-91]). Dodatkowo również w opisie przedmiotu zamówienia (SIWZ w pkt 3.1) zdefiniowano zakres prac objęty: „przebudową mostu”. Żadna z prac wskazanych w referencjach Odwołującego nie wchodziła w w/w zakres prac mostowych. Odwołujący powoływał się na doświadczenie w zakresie rozbiórki mostu. Prace takie tymczasem zgodnie ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną (częścią SIWZ) oznaczono jako roboty drogowe D.01.02.03 Wyburzenie obiektów budowlanych i inżynierskich. Również pozostały zakres wskazanych w referencjach prac nie odpowiadał warunkom robót mostowych wskazanym w SIWZ. W wyroku ZA z dnia 07.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-299/06 wskazano, iż Wykonawca musi się wykazać niezbędnym doświadczeniem w zakresie robót określonych w SIWZ. Odwołujący z kolei nie wykazał się doświadczeniem w zakresie robót stanowiących przedmiot zamówienia, a więc robót mostowych. Całe swoje stanowisko opiera na błędnym nazwaniu przez wystawiającego referencje zakresu prac jako przebudowa mostu.

Zamawiający nie ograniczał dostępu do zamówienia poprzez wymaganie wiedzy i doświadczenia tożsamego z przedmiotem postępowania. Oczekiwał jedynie doświadczenia podobnego, odpowiadającego rodzajem i charakterem planowanej inwestycji. Zapewniającego właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz dającego gwarancję rękojmi należytego wykonania. Zakres prac przedstawiony w referencjach z dnia 07.12.2007 r. jest tak odległy od w/w celu, iż nawet w odwołaniu nie podjęto próby obrony stanowiska, iż zapewnia on odpowiednie do przedmiotu zamówienia doświadczenie i wiedzę. Odwołujący opierał się jedynie na niewłaściwej językowej wykładni wyjętego z kontekstu słowa przebudowa mostu. Zupełnie pomijał natomiast przedmiot zamówienia. Tymczasem zarówno wykładnia językowa i celowościowa SIWZ, zarówno w pkt 6.2 SIWZ, w której żądano doświadczenia w przebudowie mostu, jak i pozostałej części SIWZ i załączników dowodzi, iż Oferent powinien udokumentować doświadczenie w przebudowie mostu rozumianej jako prace mostowe, a nie wyburzenie obiektu inżynierskiego i wykonanie przepustu. Odwołujący próbuje dokonać wybiórczej wykładni pojedynczego wyrazu z pkt 6.2 SIWZ, by w sposób nieuprawniony dopasować go do błędnego zatytułowania wcześniej wykonanych zadań w posiadanych referencjach. Niestety zadania te nie dają rękojmi, iż wykonawca podoła właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy podkreślić, iż tezy Odwołującego oraz niewłaściwy tytuł jego referencji nie uprawniają go do zrównania przebudowy obiektu mostowego (wbrew SIWZ, w tym Szczegółowej Specyfikacji Technicznej oraz art. 3 ustawy Prawo budowlane, Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) do rozbiórki obiektu mostowego oraz wykonania w to miejsce przepustu.

Zamawiający podkreślił, iż nie mógł w świetle przepisów prawa i warunków przetargu poprzestać na językowej wykładni tytułu referencji przedstawionych przez Odwołującego. Szczegółowy zakres prac w nich wskazany wyraźnie i w sposób nie pozostawiający

wątpliwości wskazywał, iż Odwołujący nie udokumentował posiadania doświadczenia w zakresie przebudowy obiektów mostowych. Zaznaczył, iż w SIWZ Zamawiający wskazał jakie prace uznaje za roboty mostowe (budowę, przebudowę, remont). Warunki te były oparte na powszechnie obowiązującej i przyjętej wiedzy specjalistycznej. Rozbiórka istniejącego obiektu mostowego oraz wykonanie w jego miejsce przepustu z blach falistych zgodnie z warunkami postępowania, a także doświadczenia zawodowego (z czego doskonale zdają sobie sprawę Odwołujący) nie mogła być uznana za „przebudowę mostu”. Przywołał wyrok ZA z dnia 22.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1767/06, w którym podniesiono, iż Wykonawcy nie mogą wybiórczo stosować i interpretować zapisów SIWZ.

Celem, dla którego Zamawiający żądał od oferentów udokumentowania doświadczenia i wiedzy w zakresie skomplikowanych prac nad przebudową obiektu mostowego, było zagwarantowanie poprawnego wykonanie planowanej inwestycji. Kierując się tym celem Zamawiający nie mógł przyjąć istnienia tegoż warunku u Odwołującego, którego referencje jedynie z nazwy odpowiadały „przebudowie mostu”. Zakres prac objętych referencjami i jednoznacznie wymienionymi nie odpowiadał bowiem tejże definicji. Powyższe jasno wynikało nie tylko z wiedzy technicznej, ale i z jednoznacznych zapisów SIWZ. Referencje przedstawione przez Odwołującego zawierały wzajemną sprzeczność pomiędzy użytym sformułowaniem o przebudowie mostu, a szczegółowym zakresem prac i jako takie nie mogły być uznane za wiarygodne (przywołał wyrok ZA z dnia 21.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2797/06).

Dokonując swojej oceny Zamawiający nie oparł się na przesłankach mających ograniczyć Odwołującemu możliwość udziału w postępowaniu. Zbieżność językowa między tytułem referencji z dnia 07.12.2010 r. (nie zgodnym ze szczegółowym opisem prac), a zakresem wymaganego doświadczenia nie mogła być uznana za wystarczającą. Oczekiwanie od Wykonawców zapoznania się z załącznikami SIWZ, w których w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (zgodnie z powszechnie znaną wiedzą techniczną) wskazano jaki rodzaj prac stanowi roboty mostowe nie może być uznane za działanie ograniczające konkurencję i możliwość udziału w postępowaniu.

Nadmienił, iż przedstawione doświadczenie nie można przez pryzmat jego charakteru i złożoności porównywać z zakresem zadania będącego przedmiotem zamówienia. Zakres wykonanego zadania jaki dokumentował Odwołujący jest nieporównywalny ze złożonością prac jakie należy przeprowadzić w inwestycji w związku, z którą prowadzono postępowanie. wskazał na załączone zdjęcia nr 1, 2, 3, 4, 5 wskazano Most na rzece Orli w m. Jutrosin, którego przebudowa była przedmiotem zamówienia. Na zdjęcia nr 7, 8, 9, 10 ukazujące analogiczną przebudowę prowadzoną z zamówienia Powiatowego Zarządu Dróg w Rawiczu na Moście na rzece Orli w m. Sowy. Z kolei na zdjęciach nr 11 i 12 udokumentował zakres prac nad przepustem, w jakich doświadczenia ma posiadać Odwołujący. Załączył zdjęcia

jednoznacznie ukazujące bezzasadność twierdzenia Odwołującego, iż udokumentował wystarczające doświadczenie i wiedzę. W wyroku ZA z dnia 19.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1428/06 podkreślono, iż celem normy wynikającej z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp jest udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy, który posiada m.in. niezbędną wiedzę i doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia. Reasumując, jak stwierdził, Zamawiający wyraźnie sformułował w SIWZ wymóg udowodnienia stosownymi dokumentami posiadania doświadczenia w zakresie „budowy, przebudowy lub remontu mostu”. Równocześnie w dalszej części SIWZ wskazał jaki zakres prac wchodzi w zakres pojęcia w/w. Równocześnie obowiązujące przepisy prawa budowlanego pozwalają zdefiniować oczekiwania Zamawiającego. Powyższe zasady właściwie zinterpretowali wszyscy Wykonawcy, z wyjątkiem Odwołującego. W przeciwieństwie do pozostałych uczestników postępowania, którzy posłużyli się przykładowo pięcioma referencjami o odpowiednim zakresie Odwołujący przedstawił referencje, które mimo niewłaściwego określenia językowego nie stanowiły dowodu posiadania odpowiedniego doświadczenia. Każda osoba posiadająca wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym postępowaniem powinna zdawać sobie sprawę, iż w świetle powszechnie akceptowanych norm technicznych (stanowiących część SIWZ) rozbiórka istniejącego obiektu mostowego i wykonanie w jego miejsce przepustu nie stanowi robót mostowych. Zamawiający kierując się błędnym tytułem robót objętych referencjami nie mógł uznać (pomijając wykaz wykonanych na zadaniu prac), iż Odwołujący spełnił przesłanki zawarte w przepisach prawa i SIWZ. Zasada jak najszerzego udziału w postępowaniu, dla uzyskania jak najlepszej ceny posiada swoje granicę wyznaczone przez ustawodawcę. Tymi granicami jest między innymi doświadczenie i wiedza gwarantujące, iż Wykonawca poprawnie zrealizuje przedmiot zamówienia. Zamawiający profesjonalnie i kompleksowo przeanalizował referencje Odwołującego. Zestawił ich treść z warunkami sformułowanymi w SIWZ. Na tej podstawie uznał, iż Odwołujący nie posiada doświadczenia w zakresie „przebudowy mostu”.

Na koniec z ostrożności procesowej zaznaczył, iż nawet przyjmując, że Zamawiający nie dość precyzyjnie określił zakres wymaganego doświadczenia nie oznacza to jednak, że Odwołujący nie musi posiadać doświadczenia w wykonywaniu usług odpowiadających przedmiotowi postępowania. W takim wypadku dla stwierdzenia, iż Wykonawca posiada wymagane doświadczenie, powinien w ofercie wykazać się wykonaniem usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotem zamówienia. Wynika to z art. 22 Pzp oraz treści SIWZ. Zamówienia Publiczne mogą być realizowane jedynie przez podmioty, które spełniają wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie (wyrok ZA z dnia 02.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-763/07). W niniejszym postępowaniu Odwołujący z uwagi na zakres zrealizowanych prac nie udowodnił wykonanie podobnych prac mostowych do objętych zamówieniem. Żądanie doświadczenia obejmuje realizację

konkretnych zadań, jako pewnej umiejętności zdobytej i ugruntowanej w trakcie praktyki (wyrok ZA z dnia 20.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-856/06). W tym zakresie podkreślił, iż rozbiórka mostu i wykonanie w jego miejsce przepustu nie dają Odwołującemu wiedzy i doświadczenia do wykonania przebudowy mostu polegającej na wzmocnieniu jego konstrukcji oraz konserwacji.

Odnosnie drugiego zarzutu, wskazał, że zgodnie z oceną Zamawiającego nie istniały warunki nakładające na niego obowiązek i dające mu prawo skorzystania z norm art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Art. 26 ust. 3 Pzp nakazuje wezwać Wykonawcę do przedłożenia stosownych dokumentów w przypadku ich nie złożenia oraz złożenia dokumentów z błędami. Żadna z w/w norm nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Odwołujący złożył wymagane dokumenty, czyli referencje z dnia 07.12.2010 r., które nie zawierały żadnych błędów (poza złym nazwaniem zakresu prac). Referencje te jednak dokumentowały doświadczenia nie będące podobnymi do objętych przedmiotem postępowania. Zamawiający mógł oczekiwać od Odwołującego mając na względzie ekonomikę postępowania profesjonalizmu i rzetelności jaką wykazali się pozostali oferenci, którzy przedłożyli odpowiednie referencje. W świetle złożonych dokumentów jednoznacznie wynikało, iż Odwołujący nie posiadał wymaganego doświadczenia. Jednoznaczność zakresu wykazywanych referencjami prac nie pozostawiała równocześnie miejsca na konieczność uzyskiwania wyjaśnień w przedmiocie zamówienia. Prowadząc postępowanie Zamawiający opierać się musi na prawdzie formalnej przedstawionej mu przez strony postępowania. Nie może za strony domniemywać istnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma prawo od profesjonalisty działającego w warunkach przetargów publicznych wymagać rzetelności i dokładności. W wyroku KIO z dnia 13.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1616/10 wskazano, iż obowiązek wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu spoczywa zawsze na podmiocie zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z ostrożności procesowej oraz mając na względzie ekonomikę postępowania Zamawiający wskazuję, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp uwzględnienie odwołania może nastąpić jeśli ewentualne naruszenie przepisów ustawy mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tak więc nawet przyjmując, że brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów stanowiło naruszenie przepisów ustawy Odwołujący nie udowodnił, iż wpłynęłoby to na wynik postępowania. Zarówno po wykluczeniu z postępowania, jak i w odwołaniu Odwołujący nie załączył żadnego dokumentu na potwierdzenie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, W przypadku podzielenia przez KIO stanowiska Zamawiającego w przedmiocie referencji z dnia 07.12.2010 r. Odwołujący powinien udowodnić, iż posiada również inne referencje dokumentujące ewentualne doświadczenie w przedmiocie zamówienia. W przeciwnym razie ewentualne

naruszenie ustawy w zakresie w/w nie miałyby znaczenia dla wyniku postępowania. Tak więc ekonomika postępowania nakazuje oddalenie odwołania w tym zakresie, w przypadku nie wykazanie przez Odwołującego przesłanki wpływu ewentualnego naruszenia na rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona, jako skutek wykluczenia z udziału w postępowaniu i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO/1415/11, postanowień SIWZ, odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji art. 24 ust. 4, czy też art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, wobec spełnienia przez Odwołującego poprzez robotę wykazaną w jego ofercie, warunku udziału w postępowaniu odnośnie wymaganego doświadczenia i wiedzy w zakresie przebudowy mostu, wobec cofnięcia odwołania przez Odwołującego w tym zakresie na rozprawie, Izba pozostawiła niniejsze zarzut bez rozpoznania.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust.3 Pzp, poprzez dokonanie czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i w tej okoliczności zaniechanie obligatoryjnego wezwania

Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający dokonał czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz skutkiem tego odrzucenia jego oferty bez poprzedzenia tej czynności wezwaniem w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Powyższe wynika jednoznacznie z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO/1415/11, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz jego stanowiska przedstawionego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba potwierdza stanowisko oparte na utrwalonym i ugruntowanym orzecznictwie (np.: wyrok KIO z dnia 09.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1915/09, czy też wyrok SO w Tarnowie, sygn. akt: V Ga 15/09) o obligatoryjnym charakterze trybu wynikającego z art. 26 ust.3 Pzp, czyli obowiązku jednokrotnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oferty w wyznaczonym terminie. Należy bowiem zauważyć, że wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, nie stanowi bezwzględnej konsekwencji nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź też wystąpienia w takowych dokumentach błędów. Przy czym przymiot braku odnosi się także do dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazać bowiem należy, że *ratio legis* ustawodawcy było doprowadzenie do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach. Przeciwna interpretacja przepisu doprowadziłaby do nielogicznego wnioskowania, że lepiej jest nie złożyć dokumentu, niż złożyć dokument, choćby błędny. Takie założenie byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto, przepis art. 26 ust.3 Pzp nie przewiduje zakazu przedłożenia, w wyniku wezwania, brakujących dokumentów, jeśli wcześniej przedłożone nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że zdanie drugie, art. 26 ust. 3 Pzp, wyraźnie wskazuje, iż spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazać należy nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Powyższe, w konsekwencji bezsprzecznie oznacza, że złożenie dokumentu, z treści którego wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, Izba potwierdza stanowisko Odwołującego, że art. 26 ust.3 Pzp wskazuje tylko na dwa wyjątki od nałożonego obowiązku wezwania do uzupełnienia, tj. wyjątek dotyczący

unieważnienia postępowania lub jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, przy czym w tym ostatnim wypadku chodzi o samodzielną podstawę odrzucenia, a nie odrzucenie w trybie art. 24 ust. 4 Pzp będące skutkiem wykluczenia. Podobnie jest w przywołanym w informacji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który nie jest przesłanką pozwalającą uznać, że mamy do czynienia z wyjątkiem określonym w art. 26 ust. 3 Pzp. Izba uznaje za orzecznictwem (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 30.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1120/08), iż art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp jest *de facto* powtórzeniem art. 24 ust.4 Pzp. Art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp wcale nie odnosi się tylko i wyłącznie do innych trybów niż przetarg nieograniczony. Z jego pierwszej części: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia”* wynika bowiem, że chodzi o przetarg nieograniczony, gdyż nie ma innego trybu, w którym oferta może być złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia.

Trzecim wyjątkiem wynikającym z orzecznictwa jest sytuacja, gdy wykonawca poświadczył nieprawdziwą informację, w takim wypadku również wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji, prawdziwą (np. wyrok KIO z dnia 24.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1098/08).

Po trzecie, odnośnie art. 192 ust. 2 Pzp, Izba stwierdza, że przede wszystkim nie ma obowiązku podczas rozprawy przedkładania odpowiednich referencji na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Możliwość samodzielnego, bez wezwania, uzupełnienia oferty jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Powyższą możliwość dopuszcza np.: Wyrok SO w Katowicach z dnia 29.04.2010 r., sygn. akt; XIX Ga 162/10. Zaś, konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp nie jest uwarunkowana oceną ewentualnych możliwości uzupełnienia oferty przez danego wykonawcę, w przeciwnym wypadku niniejsza instytucja straciłaby jakikolwiek sens i cofnąłabym zamówienia publiczne do sytuacji z przed dekady, gdy formalizm dominował nad merytorycznym aspektem oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust.3 Pzp, w/w zarzuty także należy uznać za zasadne, jako konsekwencje przedwczesnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia skutkiem tego jego oferty, bez wyczerpania obligatoryjnego sanacyjnego trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....