

Sygn. akt KIO/UZP 771/09

WYROK
z dnia 3 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Luxor Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk, ul. Choiny 57/211, 20 – 816 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75 – 724 Koszalin** protestu z dnia **22 maja 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75 – 724 Koszalin

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Luxor Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk, ul. Choiny 57/211, 20 – 816 Lublin,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75 – 724 Koszalin** na rzecz **Luxor Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk, ul. Choiny 57/211, 20 – 816 Lublin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Luxor Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk, ul. Choiny 57/211, 20 – 816 Lublin**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa i montaż fabrycznie nowej linii sortowania mechanicznego odpadów komunalnych zmieszanych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2009 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 26359-2009.

W dniu 22 maja 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności: wykluczenia Odwołującego się z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej, co stanowi, zdaniem Odwołującego się, naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.). W związku z powyższym wniósł o unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz powtórzenie czynności wyboru ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący się nie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia i nie dostarczył wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku.

Faktem jest, iż w pkt 6.6. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający zażądał „wykazu wykonanych co najmniej trzech linii ze szczegółowym opisem w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartościom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie - protokoły bezusterkowego odbioru linii - załącznik nr 6."

Wobec przedmiotowego wymogu, do oferty oraz pisma zawierającego uzupełniane dokumenty, Odwołujący się załączył referencje, z których wynika, że dostawy zawarte w "Wykazie" zostały wykonane należycie. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że nie otrzymał wystarczających dokumentów do potwierdzenia spełniania warunków udziału. Zaś, żądanie zawężające katalog potwierdzeń należytego wykonania zamówienia, wyłącznie do protokołów bezusterkowego odbioru, nie ma oparcia w przepisach prawa i nie może rodzić skutków w postaci wykluczenia wykonawcy. Przedmiotowe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 455/08).

Jeśli chodzi o warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia, Odwołujący się wyjaśnia, iż został on zawarty w pkt 5.3 SIWZ i zgodnie ze wskazanym postanowieniem wykonawca zobowiązany był legitymować się wykonaniem co najmniej trzech zamówień, o takim samym charakterze, jak przedmiot zamówienia.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego się z postępowania, Zamawiający stwierdza, że wykazane dostawy różnią się np. rodzajem sita lub nie posiadają sita. Odwołujący się zwraca uwagę, iż ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu, nie postawiono takiego warunku. Zaś, charakter wszystkich wykazanych w uzupełnionym "Wykazie" dostaw, jest taki sam jak przedmiotu zamówienia. Zostało to oświadczone przez Odwołującego się w każdej z pozycji wykazu i Zamawiający nie ma prawa, jednostronnie podważać, tak złożonego oświadczenia.

W dniu 26 maja 2009 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, w całości go oddalając. W uzasadnieniu, Zamawiający wyjaśnia, iż w dniu 18 maja 2009 r. dokonał powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności te zostały powtórzone na skutek uwzględnienia protestu, złożonego przez Odwołującego się, w dniu 5 maja 2009 r. Przed dokonaniem tej czynności, Zamawiający wezwał Odwołującego się, do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania się doświadczeniem w zakresie dostaw, co najmniej trzech linii mechanicznego sortowania odpadów komunalnych z sitem obrotowym wraz z potwierdzeniem, że zamówienia te zostały zrealizowane z należytą starannością. Na

potwierdzenie wykonania poprzednich dostaw Zamawiający żądał dołączenia do wykazu protokółów bezusterkowego odbioru linii.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu wykonawców, Zamawiający swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego się, uzasadnił w sposób następujący: „W trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwany został do uzupełnienia dokumentów również wykonawca LUXOR. Wezwanie dotyczyło: nadesłanie protokołów bezusterkowego odbioru dostaw wskazanych w wykazie wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat dostaw o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia - zgodnie z postanowieniami pkt 5.3 i 6.6 SIWZ. Wykonawca do oferty dołączył wykaz zrealizowanych dostaw w okresie od kwiecień 2006 - listopada 2006 r. Do wykazu tego dołączył referencje. Zgodnie z wymogiem pkt 6.6 SIWZ oprócz referencji Zamawiający żądał dołączenia protokołów bezusterkowego odbioru wykonanych dostaw. Zgodnie z pkt 5.3 wykazane dostawy miały odpowiadać przedmiotowi zamówienia.

W dniu 5 maja 2009 r. Odwołujący się udzielił odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów tj.: nadesłał nowy wykaz wykonanych dostaw z czterema dostawami, z których tylko jedną można było zakwalifikować jako tożsamą z przedmiotem zamówienia, do wykazu nie dołączył protokołów bezusterkowego odbioru wykazanych dostaw. Ponadto z dołączonego wykazu wykonanych dostaw wynika, że dostawa na rzecz BESKID Sp. z o.o., to dostawa linii do sortowania odpadów z sitem dyskowym, a nie bębnowym. Dostawa na rzecz SKM Sp. z o.o., to dostawa linii bez sita bębnowego, zaś dostawa na rzecz GiM Żuromin, jest dostawą z sitem wibracyjnym, a nie bębnowym. Przedmiotem zamówienia jest linia sortowania odpadów komunalnych z sitem bębnowym. Dostawa na rzecz PURE Jaworzno III Sp. z o.o. jest dostawą, którą można uznać za zbliżoną technologicznie do przedmiotu zamówienia”.

Zdaniem Zamawiającego, w uzasadnieniu protestu Odwołujący się, próbuje zbagatelizować wymagania Zamawiającego, co do wykazania się doświadczeniem. Stwierdza on, że żądanie protokołów bezusterkowego odbioru wykonanych dostaw nie ma oparcia w przepisach prawa. Z takim argumentem Zamawiający się nie zgadza, albowiem protokoły odbioru wykonanych dostaw najlepiej odzwierciedlają, w jaki sposób poprzednie zamówienia zostały przez tego wykonawcę zrealizowane. Takie dokumenty pozwalają Zamawiającemu na ocenę, że wykonawca posiada umiejętności i doświadczenie w realizacji tego samego rodzaju zamówienia, co przedmiot postępowania. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, warunkiem ubiegania się o zamówienie jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia o podobnym charakterze i złożoności. Obowiązkiem zamawiającego jest doprecyzowanie w SIWZ określenia "niezbędna wiedza i doświadczenie" w kontekście danego zamówienia (str. 127 Komentarza do Ustawy PZP pod red. T. Czajkowskiego) Zamawiający w SIWZ w pkt 5.3 wymagał, aby wykonawcy wykazali się

wykonaniem, co najmniej trzech linii do sortowania odpadów o podobnym charakterze, jak przedmiot zamówienia. Wykonanie tych dostaw wykonawcy mieli przedstawić w formie wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie tych dostaw z należytą starannością i protokołami bezusterkowego ich odbioru (pkt 6.6 SIWZ).

Odwołujący się przedstawił wykaz, który nie zawiera trzech dostaw tożsamyh i o podobnym charakterze co przedmiot zamówienia i do tego do wykazu nie dołączył żądanych protokółów, co jest okolicznością bezsporną pomimo, że stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedstawienia takich dokumentów został wezwany. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego się, że żądanie protokółów jest niezgodne z rozporządzeniem Prezesa RM w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mają być złożone, albowiem § 1 ust. 2 tego rozporządzenia upoważnia zamawiającego do żądania przedstawienia takich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, aby pozwoliły zamawiającemu ocenić, że wykonawca faktycznie ten warunek spełnia.

Zamawiający nie zgadza się również z Odwołującym, w kwestii tożsamości i rodzaju oraz charakteru wykazanych dostaw z przedmiotem zamówienia. Odwołujący się uważa, iż wykazane dostawy mają ten sam charakter co przedmiot zamówienia i różnią się jedynie rodzajem sita, sprowadzając te różnice do nieznaczącego szczegółu technicznego. Tymczasem, w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wyraźnie zazaczył, z jakich podstawowych elementów ma się składać linia do sortowania odpadów komunalnych. Jednym z podstawowych elementów jest sito obrotowe i nie jest to szczegół techniczny, lecz główny i zasadniczy element linii sortowniczej. Od tej części zależy cały układ technologiczny sortowania i możliwość współdziałania z już istniejącymi urządzeniami. Jest to element decydujący o pracy linii sortowniczej i jej umiejscowienie w terenie. Stąd, Zamawiający stoi na stanowisku, że wykazane w wykazie dostawy mają charakter zupełnie różny i nieporównywalny do przedmiotu zamówienia. Wykazane dostawy - za wyjątkiem ogólnej nazwy - nie mają charakteru, ani rodzaju podobnego do przedmiotu zamówienia tak ze względu na podstawowe elementy, jak i na układ technologiczny, zamawianej linii sortowniczej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu czerwca 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się podkreśla, że referencje są wystarczające do potwierdzenia spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Inna nazwa lub forma dokumentu, potwierdzającego wykonanie dostawy, nie może być przyczyną wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Żądanie zawierające katalog potwierdzeń należytego wykonania

zamówienia wyłącznie do protokołów bezusterkowego odbioru nie znajduje oparcia w przepisach prawa i nie może rodzić skutków w postaci wykluczenia wykonawcy. Wskazuje na kolejne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzającego trafność jego twierdzeń (sygn. akt. KIO/UZP 1105/08, sygn. akt. KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09, sygn. akt KIO/UZP 338/09). Zamawiający nie ma prawa wysnuwać negatywnych skutków względem Odwołującego się z powodu niedostarczenia w żadnym z terminów dokumentów, których dostarczenie nie było konieczne do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dostarczono bowiem inne, równorzędne dokumenty przewidziane prawem, wystarczające do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie drugiego zarzutu Odwołujący się stwierdza, że idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, należałoby wykazać wyłącznie dostawy identyczne z przedmiotem zamówienia. Nawet gdyby tak, to Zamawiający musiałby zwerbalizować takie żądanie w punkcie 5.3 SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie opisano żadnych szczególnych cech dostaw, np. tego, że dla udokumentowania doświadczenia należało wykazać się dostawą linii z konkretnym rodzajem sita albo i takiej, która posiada jakiegokolwiek inne cechy techniczne lub kompletację. Odwołujący się wykazał w ofercie, wykonanie sześciu dostaw, o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia. W uzupełnianych dokumentach, w związku z sugestiami (również nieuprawnionymi, jednak przyjętymi przez Odwołującego) wynikającymi z procesu wyjaśniania i oceny ofert, między innymi wcześniejszej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się, mającej finał w uwzględnieniu wcześniej wniesionego protestu, Odwołujący wyselekcjonował cztery dostawy linii o takim samym charakterze oraz posiadających zbliżoną wydajność do linii będącej przedmiotem zamówienia. Nie może zatem utrzymać się twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W treści § 1 ust. 2 pkt 1 przedmiotowego rozporządzenia postanowiono, iż Zamawiający może żądać wykazu dostaw odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Poza sporem pozostaje obowiązek ustalenia warunku przez Zamawiającego. Jednak Zamawiający nie jest uprawniony do dowolnej interpretacji postawionego przez siebie warunku udziału. Jeżeli postawiono go w sposób zapisany w SIWZ, nie można po złożeniu ofert tłumaczyć go na niekorzyść któregokolwiek z wykonawców.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron i uczestnika postępowania na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W rozdziale III pkt 5 SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, stawiając m.in. wymóg, iż wykonawca musi wykazać się zrealizowaniem co

najmniej trzech zamówień o takim samym charakterze, jak przedmiot zamówienia (pkt 5.3. SIWZ). W celu potwierdzenia przedmiotowego warunku należało przedstawić wykaz, w którym wykazano zrealizowanie dostaw co najmniej trzech linii (ze szczegółowym opisem). w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane zależycie – protokoły bezusterkowego odbioru linii.

Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego się do uzupełnienia następujących dokumentów (pismo z dnia 24 kwietnia 2009 r.):

W odpowiedzi (pismo z dnia 4 maja 2009 r.) Odwołujący się przedstawił wykaz dostaw o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia, zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat oraz dokumenty potwierdzające, że przedmiotowe dostawy zostały zrealizowane należycie, tj. referencje. Odwołujący się wskazywał w wykazie, na następujące rodzaje zrealizowanych zamówień:

1. dostawa dla BESKID Sp. z o.o. linii sortowniczej odpadów z sitem dyskowym i kabiną sortowniczą o wydajności 30 Mg/h i 52 800 Mg/rok; wartość zamówienia: 1 037 100 zł,
2. dostawa dla SKM Sp. z o.o. linii sortowniczej z kabiną sortowniczą o wydajności 30 Mg/h i 52 800 Mg/rok; wartość zamówienia: 322 080 zł,
3. dostawa dla Gminy Żuromin linii sortowniczej odpadów zmieszanych, z sitem wibracyjnym i kabiną sortowniczą o wydajności 30 Mg/h i 52 800 Mg/rok; wartość zamówienia: 522 160 zł,
4. dostawa dla PURE Jaworzno III Sp. z o.o. linii z sitem bębnowym do wydzielania frakcji podsitowej o wydajności 60 Mg/h i 105 600 Mg/rok; wartość zamówienia: 1 000 440 zł.

Pismem z dnia 18 maja 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji, Zamawiający stwierdza, że Odwołujący się udzielił odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jednakże spośród dostaw wymienionych w wykazie „tylko jedną można było zakwalifikować jako tożsamą z przedmiotem zamówienia”. Ponadto, Odwołujący się nie dołączył protokołów bezusterkowego odbioru wykazanych dostaw.

W opinii Zamawiającego, jedynie dostawa nr 4 „jest dostawą, którą można uznać za zbliżoną technologicznie do przedmiotu zamówienia mimo, że przesiewa tylko biomasę i nie nadaje się do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych”. Pozostałe dostawy nie

zostały uznane przez Zamawiającego za spełniające wymagania, gdyż dotyczą co prawda dostawy linii do sortowania odpadów, jednakże przedmiotowa linia nie była wyposażona w sito bębnowe (dostawa nr 2), ewentualnie posiadała inny rodzaj sita niż bębnowe (dostawa nr 1 i 3).

W tym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Odwołującego się, iż brak podstaw do wykluczenia go z postępowania. Zauważyć bowiem należy, iż w pkt 5.3 SIWZ Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie realizacji trzech zamówień o takim samym charakterze, jak przedmiot zamówienia. Odwołanie się do charakteru zamówienia powoduje konieczność interpretacji tego pojęcia. Mając bowiem na uwadze, iż słowo „charakter” oznacza ogół cech właściwych jakiemuś organizmowi, rzeczy, zjawisku itp., decydujących o ich indywidualnej naturze (Słownik współczesnego języka polskiego, warszawa 1998 r.), można wyprowadzić wniosek, że należało przedstawić dostawę linii sortowania odpadów o parametrach odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Wynika z tego, że wykładnia językowa analizowanego postanowienia pozwala jedynie stwierdzić, jaki rodzaj urządzenia należy wykazać, jednakże w dalszym ciągu brak odpowiedzi na pytanie, jakimi cechami ma się charakteryzować. Wiadomo, że ma to być ogół cech charakteryzujących właśnie ten rodzaj urządzenia, ale pozostaje wątpliwość w jaki sposób zdefiniować „ogół cech”. Katalog cech stanowiących bowiem o charakterze urządzenia, przy uwzględnieniu założenia, że ma być taki sam jak przedmiot zamówienia, może być formułowany na różne sposoby. Biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia, zawarty w rozdziale II SIWZ, z całą pewnością każdy z wykonawców stworzy odrębny katalog cech, których posiadanie przez wykazaną linię sortowniczą będzie przesądzało, iż mamy do czynienia z urządzeniem o takim samym charakterze, jak przedmiot zamówienia. I właśnie ten katalog cech stał się istotą sporu w niniejszej sprawie. Zdaniem Odwołującego się, posiadanie sita bębnowego nie determinuje charakteru danego urządzenia, zaś w opinii Zamawiającego, jest to cecha wręcz rozstrzygająca o charakterze linii. Powyższe pokazuje, iż tak sformułowane postanowienie SIWZ jest niejednoznaczne i może być interpretowane w różny sposób. Jeśli wolą Zamawiającego było, żeby wykonawca legitymował się ściśle określonym doświadczeniem, mógł sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, który zadośćuczyniłby oczekiwaniom Zamawiającego. Jeśli zaś Zamawiający tego nie uczynił, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do doprecyzowywania warunków udziału w postępowaniu. Skoro analizowane postanowienie SIWZ dawało pewną dowolność wykonawcom, nie mogą oni ponosić negatywnych konsekwencji z tego powodu, że uprawnienie to wykorzystali. Analiza pkt 5.3 SIWZ daje bowiem wykonawcom możliwość samodzielnego określania cech, które są charakterystyczne dla linii sortowniczej i w konsekwencji, linia o parametrach (w aspekcie rodzaju) określonych przez wykonawcę i jednocześnie odpowiadających przedmiotowi zamówienia, świetle przedmiotowego

postanowienia, spełnia wymagania Zamawiającego. Zatem, Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania rodzaju parametru, ale ewentualnie jego wartości. W niniejszym stanie faktycznym z sytuacją taką nie mamy do czynienia, Zamawiający kwestionuje bowiem fakt, iż wykazane dostawy linii sortowniczych nie posiadały sita bębnowego. Powyższe działanie nie jest uprawnione, biorąc pod uwagę treść analizowanego postanowienia SIWZ. W związku z powyższym uznać należy, iż wykaz dostaw przedstawionych przez Odwołującego się, odpowiada wymogom określonym w pkt 5.3 SIWZ. Rodzaj dostawy, zważywszy na pkt 6.6. SIWZ, nie był przez Zamawiającego kwestionowany.

Okoliczność, iż Zamawiający doprecyzowuje warunek udziału w postępowaniu, dopiero na etapie oceny ofert, potwierdza również stwierdzenie Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 18 maja 2009 r., w którym Zamawiający jako powód wykluczenia wykonawcy z postępowania podaje m.in., że tylko jedną wykazaną dostawę można „zakwalifikować jako tożsamą z przedmiotem zamówienia”. Widać więc wyraźnie, że Zamawiający spodziewał się i oczekiwał zrealizowania zamówień takich samych jak przedmiot zamówienia. Tymczasem takie stanowisko nie znajduje oparcia, ani w przedmiotowym postanowieniu SIWZ, ani w powoływanym rozporządzeniu, w którym mowa jedynie o dostawach odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

W przedmiocie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, stwierdzić należy, w świetle pkt 6.6 SIWZ, że Zamawiający sprecyzował rodzaj dokumentu, jaki należy przedstawić, tj. protokoły bezusterkowego odbioru zamówienia. Z treści przedmiotowego postanowienia, nie wynika, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że należało dostarczyć, oprócz referencji, również przedmiotowe protokoły. Użycie w przedmiotowym postanowieniu łącznika powoduje, iż Zamawiający wskazał na jeden dokument, tj. rzeczony protokół. W tych okolicznościach powstał spór, czy biorąc pod uwagę brzmienie treści postanowienia pkt 6.6 SIWZ, dostarczenie referencji jest wystarczające dla potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia wymaga odwołania się nie tylko do stosowanych postanowień SIWZ, ale również do przepisów rozporządzenia, a w szczególności § Ustawodawca postanowił, iż w celu potwierdzenia posiadania stosownego doświadczenia, zamawiający może żądać jedynie wykazu zrealizowanych zamówień oraz dokumentów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należyście. Jak z powyższego wynika, ustawodawca nie określił katalogu dokumentów za pomocą, których należy wykazać należyte wykonanie zamówienia. Oznacza to, że jakikolwiek dokument, z którego wynika przedmiotowy fakt, należy uznać za prawidłowy. Istota przyjętej konstrukcji, polega bowiem na tym, iż chodzi o potwierdzenie okoliczności, zaś środki służące realizacji podmiotowego celu zostały określone w sposób ogólny – chodzi bowiem o dokument. Przyjęte rozwiązanie jest ze wszelkich miar słuszne,

gdyż daje możliwość udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom, którzy należycie zrealizowali zamówienie i przedmiotową okoliczność mogą potwierdzić za pomocą dokumentu. Ustawodawca w ten sposób zabezpieczył nieuprawnione ograniczenie konkurencji, poprzez wymaganie konkretnych dokumentów, biorąc pod uwagę fakt, że wykonawcy nie mają wpływu na formę dokumentów, które sporządza Zamawiający, a ponadto, że dokumenty te nie są wystawiane na potrzeby przyszłych, konkretnych postępowań, stąd nie mogą uwzględniać okoliczności przyszłych i niepewnych. Przedmiotowy przepis ma zapewnić zamawiającemu osiągnięcie celu, w postaci potwierdzenia należytej realizacji zamówienia. Zaś, forma dokumentu pozostaje bez wpływu na jego treść.

W tych okolicznościach wymóg dostarczenia protokołów należy ocenić jako nie znajdujący oparcia w przepisach prawa i na podstawie przepisu art. 58 § k.c. należy go pominąć. Jednocześnie należy stwierdzić, że dołączone do przedstawionego wykazu dostaw referencje, potwierdzają należyte wykonanie zamówienia. Beskid Sp. z o.o. oświadczyła bowiem, że Odwołujący się „jest solidnym, profesjonalnym i godnym zaufania partnerem, rzetelnie wywiązującym się z zawartych umów.” SKM wprost informuje, że „dostawa została wykonana należycie, zgodnie z warunkami umowy a w jej trakcie nie wystąpiły trudności organizacyjne, techniczne i finansowe”. Podobne oświadczenie wydała również Gmina Żuromin. Zatem, słuszne jest twierdzenie Odwołującego się, iż brak podstaw do wykluczenia go z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*