

**WYROK**

**z dnia 24 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2012 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodawski Zakład Usług Remontowych i Budowlanych Sp. z o.o., ul. Chełmska 94, 22-300 Włodawa, oraz Rafała Wróbla, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "MAX-BET Rafał Wróbel", w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gmina Łęczna, Plac Kościuszki 5, 21-010 Łęczna

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Gminę Łęczna, Plac Kościuszki 5, 21-010 Łęczna i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodawski Zakład Usług Remontowych i Budowlanych Sp. z o.o., ul. Chełmska 94, 22-300 Włodawa, oraz Rafała Wróbla, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "MAX-BET Rafał Wróbel", tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gminy Łęczna, Plac Kościuszki 5, 21-010 Łęczna na rzecz **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodawskiego Zakładu Usług Remontowych i Budowlanych Sp. z o.o., ul. Chełmska 94, 22-300 Włodawa, oraz Rafała Wróbla, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "MAX-BET Rafał Wróbel", kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie:

trzydzieści tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Łęczna (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rewaloryzacja Rynku I w Łęcznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 kwietnia 2012 r., poz. 74141 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 11 maja 2012 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Włodawski Zakład Usług Remontowych i Budowlanych Sp. z o.o., ul. Chełmska 94, 22-300 Włodawa, oraz Rafał Wróbel, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "MAX-BET Rafał Wróbel" (dalej: Odwołujący, Konsorcjum) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali bezpodstawne wykluczenie z postępowania i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego dotyczącego podstaw wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż Zamawiający jedynie lakonicznie podał, iż Konsorcjum podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania - bez określenia, o jakie informacje chodzi, a także z uwagi na fakt powołania się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego w tym zakresie,
- 2) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, z uwagi na fakt, iż oświadczenie zawarte w treści wykazu wykonanych robót jest zgodne z prawdą, a Zamawiający wyprowadził wniosek przeciwny na podstawie kryteriów, które nie zostały opisane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, i które to uchybienia doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Konsorcjum udziału w postępowaniu oraz do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców w prowadzonym postępowaniu,
- 3) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż Konsorcjum nie wykazało spełnienia

warunku wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy złożony wykaz wykonanych robót potwierdza spełnienie tegoż warunku, a Zamawiający dokonał weryfikacji warunku na podstawie kryteriów, które nie zostały opisane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, co doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców w prowadzonym postępowaniu.

4) art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu przy zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, a także zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie, w sytuacji, gdy Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego taki obowiązek.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący w dniu 9 maja 2012 roku otrzymał informację o wyniku postępowania, z której wynika, iż został on wykluczony z udziału w postępowaniu. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający podał, iż:

Wykonawca w swojej ofercie złożył wykaz zadań w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia, w którym zawarł nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 Prawa zamówień publicznych Wykonawcę, który złożył takie informacje wyklucza się z postępowania, a ofertę wykluczonego Wykonawcy uznaje za odrzuconą.

Po pierwsze Odwołujący wskazywał, iż w treści przekazanej informacji Zamawiający nie wskazał, jakiego rodzaju informacje podane przez Konsorcjum uznał on za nieprawdziwe, co w zasadzie wyłącza możliwość ustosunkowania do stanowiska Zamawiającego. Po drugie Zamawiający w treści przekazanej informacji jako podstawę wykluczenia Konsorcjum wskazał m.in. art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, nie podając jednak żadnego uzasadnienia tj. ani uzasadnienia prawnego jak i faktycznego dla zastosowania tego przepisu. Powyższe świadczy dobitnie, że czynność zawiadomienia Konsorcjum o wyniku oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej została dokonana z rażącym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Lakoniczność – a właściwie brak - uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu w sposób znaczący utrudnia Konsorcjum korzystanie ze środków ochrony prawnej, zwłaszcza jeśli zważyć, że termin do wniesienia odwołania w niniejszym postępowaniu jest krótki. Uchybienie Zamawiającego utrudnia więc Konsorcjum obronę swych praw w prowadzonym postępowaniu.

Niezależnie od uchybienia opisanego powyżej. Konsorcjum samodzielnie podjęło próbę ustalenia faktycznych przyczyn wykluczenia z udziału w postępowaniu. W tym celu

Konsorcjum zapoznawało się z dokumentacją postępowania udostępnioną przez Zamawiającego. Zastrzegając więc, iż opisane dalej w odwołaniu ustalenia wynikają z przypuszczeń Odwołującego, a nie z wiedzy udostępnionej mu przez Zamawiającego w trybie art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, Konsorcjum stwierdziło, iż prawdopodobną przyczyną wykluczenia z udziału w postępowaniu dotyczyły oceny zakresu robót referencyjnych wykonanych przez Konsorcjum i wykazanych w złożonym wykazie.

Wobec powyższego Konsorcjum podnosi, iż oświadczenie zawarte w wykazie wykonanych robót nie zawiera informacji nieprawdziwych, a Konsorcjum potwierdziło spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum wraz z ofertą przedłożyło wypełniony wykaz wykonanych robót, z którego wynika, iż Lider Konsorcjum wykonał na rzecz spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., zamówienie odpowiadające kryteriom opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Do wykazu dołączono oświadczenie - referencję potwierdzającą prawidłowe wykonanie zamówienia.

Odwołujący podnosił, iż dokument referencyjny służy wyłącznie do potwierdzenia należytego wykonania zamówienia referencyjnego. Referencja nie musi zaś wymieniać wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów zamówienia referencyjnego.

Zamawiający pismem z dnia 18 kwietnia 2012 r. zwrócił się do spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. o wskazanie, czy oprócz robót wymienionych w treści referencji w zakres prac zrealizowanych przez Lidera Konsorcjum wchodziło także wykonanie nawierzchni drogowych z kamienia naturalnego. W odpowiedzi na tak postawione pytanie spółka Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. wskazała, iż w ramach zamówienia referencyjnego nie były wykonywane.

Na podstawie otrzymanej odpowiedzi Zamawiający uznał, iż Konsorcjum podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a także, że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i w związku z tym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Powyższe czynności Zamawiającego zostały dokonane zdaniem Odwołującego z jaskrawym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3-4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3-4 Prawa zamówień publicznych .

Konsorcjum w odwołaniu wskazywało, iż zgodnie z treścią opisu warunków udziału w postępowania oraz sposobu dokonywania oceny ich spełniania wyraźnie wskazano, iż w zakres zamówienia referencyjnego miało wchodzić m.in. wykonanie robót drogowych w technologii betonowej kostki brukowej i kamienia naturalnego.

Tak w ogłoszeniu, jak i SIWZ nie wskazano, iż wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia Wykonawcy mają wylegitymować się wykonaniem nawierzchni drogowych z kamienia naturalnego.

Odwołujący podnosił, iż istnieje istotna różnica pomiędzy pojęciami „wykonania robót drogowych” oraz „wykonania nawierzchni drogowych”. Pierwsze z wymienionych pojęć ma niewątpliwie szerszy zakres niż drugie. Do tego szerszego sformułowania Zamawiający konsekwentnie odwoływał się w ogłoszeniu oraz w SIWZ. Tymczasem weryfikując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w stosunku do Konsorcjum odniósł się on do pojęcia „wykonania nawierzchni drogowych”, które nie występuje w dokumentacji przetargowej w części, w jakiej opisuje ona warunki udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał swoistej modyfikacji warunku udziału w postępowaniu. W odniesieniu do Konsorcjum weryfikacja spełnienia wymogów dotyczących wiedzy i doświadczenia dokonana została na podstawie kryteriów, które nie zostały opisane w SIWZ. Zamawiający nie domagał się bowiem od wskazania, czy w ramach zamówienia referencyjnego Lider Konsorcjum wykonał roboty drogowe w technologii kamienia naturalnego (warunek SIWZ), ale zwrócił się o wskazanie, czy wykonał on nawierzchnie drogowe w tej technologii. Tym samym ocena spełniania warunku wiedzy i doświadczenia została dokonana na podstawie kryteriów, które nie zostały opisane w ogłoszeniu oraz w SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający nie mógł uznać, iż Konsorcjum podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Co więcej - zastosowanie wobec Konsorcjum nieznanymi SIWZ kryteriów dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania Wykonawców w prowadzonym postępowaniu.

Reasumując - Odwołujący podkreślał, iż w ramach zamówienia referencyjnego Lider Konsorcjum wykonał roboty drogowe technologii kamienia naturalnego i oświadczenie takiej treści złożył Zamawiającemu. Odwołujący nigdy nie twierdził, że wykonywał nawierzchnie drogowe w tej technologii i w związku z tym zarzut przekazania nieprawdziwych informacji jest zupełnie bezzasadny.

Niezależnie od powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zwracał się do Konsorcjum o udzielenie jakichkolwiek wyjaśnień, co do treści złożonego wykazu robót oraz przedstawionej referencji. Zamawiający poprzestał jedynie na wystąpieniu z pytaniem do spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA, co jednak nie wyczerpuje obowiązku określonego w art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga fakt, iż pomiędzy treścią oświadczenia Konsorcjum zawartym w wykazie robót, a treścią pytania zwartego

spółce „Bogdanka” istniała wyraźna rozbieżność, co sugeruje, że Zamawiający i Konsorcjum dokonali odmiennej interpretacji treści warunku oraz sposobu dokonywania jego oceny. W tym stanie rzeczy przed postawieniem zarzutu podania nieprawdziwych informacji Zamawiający zobligowany był uzyskać od Konsorcjum wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych .

Wobec powyższego uznać należy, iż wykluczenie Konsorcjum nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a także art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych

Zważywszy fakt, iż Konsorcjum nie podało nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a jedną z podstaw wykluczenia był art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych obowiązkiem Zamawiającego było wezwać Konsorcjum do uzupełnienia lub poprawy złożonego wykazu robót. Konsorcjum podkreśla w tym miejscu, iż w jego ocenie złożony wykaz jest poprawny niemniej Zamawiający uznając jego wadliwość nie mógł odstąpić od zastosowania art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych .

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosil o oddalenie odwołania. Odnośnie podania podstaw prawnych wykluczenia Wykonawcy wyjaśniał, że były to artykuły 24 ust.2 pkt. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ ustalił, że Wykonawca podał nieprawdziwe informacje, a równocześnie te informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, więc w konsekwencji Zamawiający uznał, że oprócz podania nieprawdziwych informacji Wykonawca nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, a więc zbiegły się dwie podstawy wykluczenia.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący wykorzystując grę słów i wyrwany z kontekstu fragment opisu sposób spełnienia warunku, skupia się wyłącznie na jednym użytym tam wyrażeniu. Natomiast opis sposobu spełnienia warunku należy czytać w całości, a nadto łącznie z opisem przedmiotu zamówienia i przedmiarami.

Podkreślał, że wymagał wykonania co najmniej jednego zadania odpowiadającego rodzajem niniejszemu postępowaniu i przywoływał przedmiar robot wskazując, że wykonanie nawierzchni z płyt kamiennych stanowiło duży zakres zamówienia (ulice planuje się wykonać z kostki brukowej, a centralny reprezentacyjny plac z kamienia naturalnego).

Zamawiający oświadczał, że tak sformułował warunek udziału w postępowaniu, aby nie ograniczać możliwości wykazania się wykonaniem nawierzchni np. z płyt bazaltowych, czyli uznałby każdy rodzaj kamienia naturalnego.

Wskazywał, że wszyscy inni Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zrozumieli warunek udziału w postępowaniu zgodnie z jego intencją.

W odpowiedzi na pytanie Izby, dlaczego w takim razie nie sformułował warunku wskazując na konieczność wykonania nawierzchni z kostki brukowej i kamienia naturalnego, wyjaśniał, że chodziło mu o kompleksowe wykonanie robót we wskazanej technologii, czyli wykonanie zarówno elementów podbudowy jak i nawierzchni, co objął łącznym pojęciem technologii betonowej kostki brukowej. Natomiast gdyby ograniczył wymóg do wykonania samej nawierzchni, mogłyby się zgłosić firmy, które nie wykonywały robót kompleksowych, a jedynie kładły samą nawierzchnie.

Zamawiający ponadto podnosił, że Odwołujący błędne interpretacje warunku opierał wyłącznie na brzmieniu tego warunku, a nie na całej specyfikacji. Powinien dołożyć staranności w celu złożenia właściwej oferty. Gdyby były jakiegokolwiek wątpliwości, to zamawiający zwróciłby się do Wykonawcy o ich wyjaśnienie, jednak wątpliwości wynikających z wykazu nie było, bowiem w wykazie wyraźnie wskazano kostkę brukową i kamień naturalny. Natomiast jego wątpliwości wzbudziły referencje, w których nie wymieniono kamienia naturalnego, dlatego zwrócił się do kopalni Bogdanka z prośbą o wyjaśnienie.

Podkreślał, że Odwołujący wybiórczo interpretuje warunek udziału w postępowaniu, ponieważ przez wyrażenie technologii betonowej kostki brukowej rozumie wykonanie nawierzchni, a technologii kamienia naturalnego, wykonanie podbudowy. Zwracał uwagę, że w warunku mowa o technologii wykonywania dróg z kamienia naturalnego, a w języku branżowym, jeżeli mowa o wykonywaniu podbudów, nie mówi się o wykonywaniu ich z kamienia naturalnego, ale z kruszyw (z kamienia naturalnego bądź nie).

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania – wówczas miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia (jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert).



Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w ogłoszeniu i w SIWZ opisał sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. I tak, w pkt III.3.2 ogłoszenia wskazano więc, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia. Na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca musi przedstawić następujące dokumenty: wypełnione i podpisane oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ oraz wymagania określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych - załącznik nr 3 do SIWZ oraz dokument potwierdzający, że zrealizowali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jako generalny Wykonawca lub podwykonawca co najmniej jednego zadania odpowiadającego rodzajem niniejszemu tj. polegającego na wykonaniu: robót drogowych w technologii betonowej kostki brukowej i kamienia naturalnego, małej architektury, oświetlenia terenu, sieci kanalizacji deszczowej i zagospodarowania terenów zieleni o wartości brutto wykonanych robót nie mniejszej niż wartość złożonej oferty. Analogiczne postanowienie znalazło się w treści XIV.6 oraz XV.1 lit. d) SIWZ.

2. Odwołujący załączył do oferty wykaz zadań (strona 9 oferty), w którym ujęto tylko jedno zadanie, zrealizowane na rzecz Lubelskiego Węgla Bogdanka SA. W rubryce nazwanej przez Zamawiającego „Nazwa, zakres zadania, technologia” Odwołujący wpisał odręcznie: „Roboty drogowe-kostka brukowa i kamień naturalny, mała architektura (...)”. Do wykazu załączył referencje wydane przez Inwestora w dniu 15 stycznia 2009 r., w których podano, że zakres robót obejmował: budynek portierni z przyłączami, wykonanie dokumentacji projektowej, remont dróg wewnętrznych o nawierzchni asfaltowej, drogi wewnętrzne o nawierzchni z kostki brukowej, parking dla samochodów osobowych, place składowe o nawierzchni z kostki brukowej, kanalizację deszczową, oświetlenie.

3. W dniu 18 kwietnia 2012 r. Zamawiający zwrócił się z pytaniem do Lubelskiego Węgla Bogdanka SA, czy w zakres prac wykonanych przez Odwołującego wchodziło m.in. wykonanie nawierzchni drogowych z kamienia naturalnego. W dniu 24 kwietnia 2012 r. Inwestor odpowiedział, że „w ramach robót budowlanych nie były wykonywane nawierzchnie drogowe z kamienia naturalnego”. Zamawiający nie przeprowadził żadnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, nie zwracał się do Odwołującego z żadnymi wątpliwościami w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4. W dniu 9 maja br. Zamawiający skierował do Odwołującego dwa pisma: 1) zawiadomienie o wyborze oferty, 2) informację o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania (oba pisma w aktach sprawy; Zamawiający przekazał Izbie dokumentację postępowania potwierdzoną za zgodność z oryginałem). W informacji o wykluczeniu Wykonawcy Zamawiający podał, iż w wykazie zadań załączonym do oferty zawarto nieprawdziwe informacje. Zamawiający ustalił bowiem, iż wykaz zadań, odnoszący się do ustalonego warunku udziału w postępowaniu „nie znajdował potwierdzenia w referencjach”, ponieważ po wymianie korespondencji z Inwestorem (Lubelski Węgiel Bogdanka SA) stwierdzono, iż „zakres robót podany w referencjach Wykonawcy nie obejmował wykonania nawierzchni drogowych w technologii kamienia naturalnego”.

5. Na rozprawie Odwołujący przedstawił referencje Lubelskiego Węgla Bogdanka SA z dnia 14 maja br., opisujące identyczny katalog robót, jak referencje załączone do oferty, a ponadto szerzej opisujące zakres przedmiotowy wykonywanych robót. Inwestor m.in. podał, iż „W ramach robót nie były wykonywane nawierzchnie drogowe z kamienia naturalnego, natomiast WZURIB wykonywał inne roboty drogowe w technologii kamienia naturalnego (w tym podbudowy z tłuczni kamiennego)”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu oraz na rozprawie, i uznała, że skoro Zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oczekiwał „wykonania robót drogowych w technologii betonowej kostki brukowej i kamienia naturalnego”, to na etapie oceny ofert nie może żądać „wykonania nawierzchni drogowych w technologii kamienia naturalnego”. Wydaje się, na podstawie wypowiedzi prezentowanych na rozprawie, że dla obu Stron było oczywiste, że każda nawierzchnia w technologii kamienia naturalnego wykonana jest w „technologii kamienia naturalnego”, ale nie każde „roboty wykonywane w technologii kamienia naturalnego” obejmują wykonanie nawierzchni w technologii kamienia naturalnego. To oznacza, że Zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku użył pojęcia szerszego (technologia w odniesieniu do robót budowlanych drogowych), a oceniając spełnienie warunku posługiwał się pojęciem węższym (nawierzchnia w technologii kamienia naturalnego). Takie postępowanie Zamawiającego jest w sposób oczywisty niezgodne z zasadą równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych; oceny tej nie zmienia okoliczność, że inni Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu wykazali się – jak oświadczył Zamawiający - wykonaniem nawierzchni

z kamienia naturalnego. Zamawiający podnosił, że interpretacja opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna się odbywać w oparciu o całość SIWZ, a w szczególności o opis przedmiotu zamówienia, bowiem Zamawiający wskazał, iż należy się wykazać wykonaniem „co najmniej jednego zadania odpowiadającego rodzajem niniejszemu”. Izba stwierdza, że Zamawiający nie ma racji o tyle, że jeżeli sam opis spełniania warunku jasno opisuje sposób jego oceny, to nie ma potrzeby odwoływania się do przedmiotu zamówienia. Zresztą w tym wypadku ustalono, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno wykonania podbudowy, jak i nawierzchni z kamienia naturalnego (przedmiary robót zostały załączone do SIWZ w wersji elektronicznej, której Zamawiający Izbie nie przekazał; Odwołujący na rozprawie przedłożył wydruk-wyciąg z przedmiarów, który to dokument nie został zakwestionowany przez Zamawiającego). Gdyby Zamawiającemu zależało na podkreśleniu znaczenia nawierzchni w spełnieniu warunku, to powinien to zaakcentować w opisie warunku. Ostatecznie Odwołujący wykazał się wykonaniem dróg o nawierzchni z kostki brukowej i robót w technologii kamienia naturalnego. Oba te rodzaje prac są pracami wykonywanymi „w technologii” kostki brukowej/kamienia naturalnego, więc Zamawiający nie miał powodów, aby nie zaakceptować robót, którymi wykazał się Odwołujący. Izba ocenia, iż okoliczność, że w języku branżowym - na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie - używa się w kontekście podbudowy określenia „kruszywo”, a nie kamień naturalny, nie ma znaczenia dla ustalenia, technologia jakiego rodzaju ma być wykazana w celu spełnienia warunku.

Izba również uznała, że doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem podając podstawy faktyczne wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający nie sprecyzował, jakie konkretne sformułowania zawarte w dokumentach załączonych do oferty spowodowały, że doszedł do wniosku, że przedstawiono mu nieprawdziwe informacje. Zamawiający jedynie poprzestał na opisanu wniosków, jakie wyciągnął po analizie dokumentów i pisma Inwestora, jednak nie wskazał przesłanek, którymi się kierował (które konkretnie wyrażenia z wykazu/referencji uznał za nieprawdziwe). Izba zwraca uwagę, że Zamawiający ma obowiązek podać jasno podstawy prawne i faktyczne decyzji o wykluczeniu/odrzuconiu, między innymi po to, aby umożliwić Wykonawcy rzeczową polemikę z czynnością Zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej.

Zamawiający o tyle naruszył przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, iż wątpliwości, które jego zdaniem wynikały z rozbieżności pomiędzy oświadczeniem zawartym w wykazie zadań Odwołującego a załączonymi referencjami, powinien był – w ocenie Izby - wyjaśnić (ewentualnie zażądać uzupełnienia dokumentów) w korespondencji z Wykonawcą, a nie z podmiotem trzecim. Słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, że przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych jest samodzielną przesłanką

wykluczenia Wykonawcy, a Zamawiający błędnie utożsamiał podstawy wykluczenia Wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych; przed wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien był zastosować procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Jednak w przypadku naruszenia tychże przepisów należy zauważyć, że w niniejszym stanie faktycznym były one niejako konsekwencją przyjętej przez Zamawiającego koncepcji opisu sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, dlatego Izba nie stwierdziła zasadności nakazywania Zamawiającemu odrębnego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w odwołaniu, a co najmniej naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....