

Sygn. akt: KIO/UZP 867/09

**WYROK**  
z dnia 27 lipca 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Koleśnikow

**Członkowie:** Barbara Bettman  
Ewa Jankowska

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych **GOBUD Tadeusz Kot, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury Zielona Góra, 65-043 Zielona Góra, ul. Bolesława Chrobrego 7** protestu z dnia 5 czerwca 2009 r. przy udziale wykonawcy **Bautech Polska Sp. z o.o., 62-510 Konin, al. 1-go Maja 13/1011** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury Zielona Góra, 65-043 Zielona Góra, ul. Bolesława Chrobrego 7** 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 uiszczzonego przez **lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 4;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury Zielona Góra, 65-043 Zielona Góra, ul. Bolesława Chrobrego 7** na rzecz **lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 4,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty \_ \_ \_ \_ zł \_ \_ \_ \_ gr (słownie: \_ \_ \_ \_ złote \_ \_ \_ \_ groszy) przez \_ \_ \_ \_ na rzecz **Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 4.**

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

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „przebudowę z rozbudową strzelnicy bojowej czołgów i transporterów opancerzonych w kompleksie 2922 JW 1986 Wędrzyn”. **12.09.2009 r.** zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2009/S 177-235588.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz.

1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej w skrócie Pzp.

**27.05. 2009 r.** zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca konsorcjum, którego liderem jest BAUTECH POLSKA sp. z o.o. w Koninie oraz o wykluczeniu wykonawcy konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych „GOBUD” Tadeusz Kot, Gorzów Wielkopolski.

**05.06.2009 r.** (pismo z 03.06.2009 r.) wykonawca konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych „GOBUD” Tadeusz Kot, Gorzów Wielkopolski złożył protest zarzucając naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1; art. 22 ust. 2; art. 24 ust.1 pkt 10; art. 24 ust. 4; art. 26 ust. 3; art. 29 ust. 1 i 2; art. 44; art. 84 ust. 1; art. 87 ust.1; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5; art. 91 ust. 1 Pzp.

1. Zamawiający wykluczył protestującego z udziału w postępowaniu i odrzucił jego ofertę zarzucając, że protestujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający tym naruszył art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

2. Zamawiający nie wykluczył z postępowania wykonawcy konsorcjum firm, których liderem jest BAUTECH POLSKA sp. z o.o. w Koninie i nie odrzucił jego oferty. Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, nadto dokonał niedopuszczalnych zamian w treści oferty po jej otwarciu, co stanowi naruszenie postanowień specyfikacji oraz art. 36 ust. 4, art. 44, art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust.1 Pzp.

3. Zamawiający nie wybrał jako najkorzystniejszej oferty, oferty protestującego, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Protestujący zażądał od zamawiającego:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu i odrzuceniu oferty protestującego;
- 2) powtórzenia czynności ponownego badania ofert i wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp wykonawcy konsorcjum BAUTECH POLSKA;
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i wybrania oferty protestującego jako najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Protestujący kwestionuje trzy rozstrzygnięcia zamawiającego, pierwsze dotyczące wykluczenia protestującego z postępowania i drugie dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania przetargowego wykonawcy konsorcjum BAUTECH POLSKA oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Przemawiają za tym następujące argumenty:

I. W zakresie wykluczenia protestującego z postępowania ze względu na brak wykazania spełnienia warunku doświadczenia. Protestujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż ze specyfikacji w granicach wykazania spełnienia warunku doświadczenia wynika wymóg wykazania wykonania robót budowlanych w pięciu wykazanych zakresach na kwotę nie mniejszą niż 8.000.000 zł.

Stwierdzenia zamawiającego, iż jakby ze specyfikacji miałyby wynikać w ogóle jakaś minimalna kwota w odniesieniu do zakresu wskazanych robót, nie znajduje uzasadnienia. W pkt 1.2.2 ppkt 2 zamawiający stwierdza, iż warunki szczegółowe określone zostały w pkt 1.2.1 ppkt 2 i 3 specyfikacji. Protestujący rozumie, że chodzi o zwykłą pomyłkę zamawiającego i powinno być zapisane, warunki szczegółowe określone w punkcie 1.2, który został zatytułowany jako opis warunków udziału w postępowaniu i że chodzi o podpunkt 2 dotyczący wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz podpunkt 3 dotyczący znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Następnie zamawiający sformułował dwa odrębne warunki szczegółowe: pierwszy polegający na przedstawieniu wykazu wykonanych robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat, odpowiadających swoim rodzajem robotom wyszczególnionym w tym punkcie. Oraz zamawiający stawia drugi warunek dotyczący wartości, który brzmi w ten sposób, że wykonawca ma przedstawić wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat odpowiadających swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania. Jeżeli zatem zamawiający określił wymóg co do robót budowlanych w ten sposób, iż co do swego rodzaju mają one odpowiadać robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, a zatem tylko takie roboty mogą być przyjęte do ustalenia wymaganej ich łącznej wartości, to jest oczywiste, że nie można odnosić tego wymogu do żadnego konkretnie gdzieś wymienionego w specyfikacji zakresu robót. Zamawiający podaje jedynie w nawiasie, że łączna wartość robót wymienionych w tym punkcie, odpowiadających robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, nie powinna być mniejsza niż 8.000.000 zł brutto.

Odniesieniem do tej kwoty nie jest pięć zakresów robót wyszczególnionych w tym punkcie, ale roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia. Zatem protestujący stwierdza, że nie odnajduje w specyfikacji żadnego postanowienia dotyczącego wymaganej minimalnej kwoty w odniesieniu do robót z zakresu stawianego w specyfikacji, bowiem podana kwota dotyczy robót budowlanych w ogóle odpowiadających robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Za takim rozumieniem postanowień specyfikacji sam zamawiający dostarcza argumentów w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu protestującego, stwierdzając, iż cyt. „formułując warunki zamawiający nie może tego czynić w oderwaniu od przedmiotu

zamówienia, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. [...] Podkreślić należy, iż formułując warunek doświadczenia zamawiający musi mieć na uwadze jego cel, jakim jest wybór wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tak bowiem należy rozumieć doświadczenie w danej dziedzinie". W sposób jednoznaczny zatem zamawiający opowiada się za odnośnym warunkiem do przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji – wobec tak określonego przez zamawiającego wymogu w specyfikacji – brak jest takiego warunku. Zatem protestujący sporządził w sposób prawidłowy załącznik nr 6 z podaniem robót odpowiadających swym rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia na wartość przewyższającą kwotę 8.000.000 zł.

II. Zamawiający nie opisał w sposób jasny przedmiotu zamówienia, a w tym wypadku nie określił wyraźnie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w żaden sposób nie może obciążać wykonawcy i działać na jego szkodę. Żadnym argumentem dla zamawiającego nie są odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone przez zamawiającego, a wręcz odwrotnie. W mającym odniesienie do tej kwestii pytaniu 14 z pisma zamawiającego z dnia 02.02.2009 r. jest odpowiedź pozytywna na pytanie dotyczące łącznej wartości wykonanych robót na kwotę 8.000.000 zł. Wyszczególnienie dotyczy robót wymienionych przez zamawiającego, jednak pytający podał kwoty w przedziale 7.000.000 - 8.000.000 zł. Gdyby odpowiedź zamawiającego była taka, że udokumentowanie winno dotyczyć co najmniej kwoty 8.000.000 zł to wtedy nie budziłoby to wątpliwości, jednak zamawiający zdecydowanie i jednoznacznie odpowiedział „tak” dla kwoty 7.000.000 zł, to zachodzi pytanie z jakich robót ma być wzięty ten jeszcze jeden wymagany milion złotych, jeżeli nie spośród wymaganych, a to znaczy, że z innych robót odpowiadających robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Protestujący stwierdził, że zamawiający miałby rację tylko wtedy, gdyby stwierdził w odpowiedzi na to pytanie w taki sposób „tak, ale tylko wtedy, gdy wartość łączna wykonanych robót wynosi co najmniej 8.000.000 zł”. Co oznacza, że z odpowiedzi zamawiający wykluczyłby jakąkolwiek kwotę niższą, czyli także tę podaną w pytaniu kwotę 7.000.000 zł. Oznacza to, że odpowiedź ta jest zaprzeczeniem stanowiska zamawiającego zajętego w pismach kierowanych do protestującego oraz w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania protestującego.

III. Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, przedstawiając swoje stanowisko co do tego, że wykonawcy mają się legitymować wykonaniem trzech z pięciu wskazanych zakresów robót, a nadto kwotą 8.000.000 zł przerobu za te roboty.

Wynika to z tego, że zamawiający w sposób precyzyjny określił minimalne zakresy robót w konkretnych jednostkach i ilościach obmiarowych. Warunek ten jest jednoznaczny i

czytelny pod każdym względem dla każdego wykonawcy. Natomiast nakładanie na to jeszcze wartości 8.000.000 zł powoduje, że takie same roboty co do ilości i rodzaju wykonane w różnych warunkach i różnych regionach przybierają zupełnie inne wartości. Zatem jeżeli wykonawcy legitymują się taką samą minimalną ilością robót, ale różną ich wartością oczywistym staje się nieuzasadniona nierówność w traktowaniu wykonawców skutkująca oceną spełnienia warunków przez poszczególnych wykonawców. Protestujący stwierdza, że zamysłem zamawiającego zapewne od początku nie było doprowadzenie do nierównego traktowania wykonawców. Kwestia ta pojawiła się w trakcie postępowania po złożeniu ofert.

IV. Protestujący kwestionuje w całej rozciągłości zastosowaną procedurę przez zamawiającego w odniesieniu do zwracania się przez zamawiającego do protestującego wykonawcy, co do wyjaśnienia treści oferty, bowiem w ocenie protestującego jest ona niezgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Rzecz sprowadza się do korespondencji między zamawiającym a protestującym. Składając wyjaśnienie stosownie do pisma zamawiającego z dnia 22.05.2009 r. w odniesieniu do złożonego przez protestującego dokumentu „Wykazu robót budowlanych”, protestujący stwierdził, że pismo zamawiającego jest w istocie powieleniem pisma z dnia 14.05.2009 r. Różnica zasadnicza polega na tym, iż w piśmie z dnia 14.05.2009 r. przywołana jest podstawa prawna wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp, natomiast w piśmie z 22.05.2009 r. pojawiła się inna podstawa prawna w postaci art. 26 ust. 4 Pzp.

Dla protestującego było oczywiste, iż zamawiający po uzyskaniu odpowiedzi z dnia 18.05.2009 r. rozważał wykluczenie protestującego z postępowania, ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Analiza ta doprowadziła zamawiającego do stwierdzenia kwestii prawnej, iż art. 87 ust. 1 Pzp nie może stanowić podstawy do żądania wyjaśnienia treści innych dokumentów niż sama treść oferty. Dotyczy to też dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które nie są treścią oferty.

Zamawiający oceniając swe szanse na utrzymanie w postępowaniu odwoławczym swej decyzji dotyczącej wykluczenia wykonawcy zdał sobie sprawę z tego, że taka jego decyzja nie utrzyma się w przypadku, jeżeli będzie oparta na wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na żądanie zamawiającego oparte na niewłaściwej podstawie prawnej bowiem czynność wykluczenia wykonawcy nie poprzedzona wezwaniem o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest skuteczna i w postępowaniu odwoławczym nastąpiłoby jej uchylenie. Wobec tego zamawiający pisząc drugie pismo datowane na 22.05.2009 r. sformułował je w taki sposób, jakby nie było pisma wykonawcy stanowiącego wyjaśnienie udzielone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zawarte w piśmie z dnia

14.05.2009 r. Działając w ten sposób, zamawiający stara się naprawić swój błąd co do dokonanych czynności, uważając że w ten sposób dokona sanacji poprzedniej czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, bądź w jakiś sposób je zastąpi, przez to, że zmusi wykonawcę do ponownego oświadczenia się w odniesieniu do ponownego wezwania. Wobec powyższego protestujący stwierdził, iż uważa za w pełni wiążące wezwanie zamawiającego z dnia **14.05.2009 r.** bowiem protestujący złożył ważne oświadczenie woli, którego cofnąć nie może, także w pełni wiążące dla zamawiającego i dla protestującego jest złożone przez protestującego wyjaśnienie z dnia 18.05.2005 r. Przepis dotyczący żądania uzupełnienia dokumentu, czy złożenia wyjaśnień przez wykonawcę pozwala zamawiającemu wyłącznie na jednokrotne w danej kwestii wezwanie wykonawcy do jednokrotnego złożenia dokumentu czy złożenia oświadczenia w jednokrotnie wyznaczonym terminie. Nie jest zatem dopuszczalne czynienie tego po raz wtóry czy po wielokroć. Natomiast sposób sformułowania tego pisma wywołuje po stronie protestującego przekonanie, jakby zamawiający oczekiwał potwierdzenia tego, co jak pisze odnalazł w ofercie protestującego, z oczywistym w takim przypadku dla protestującego skutkiem co do uczestniczenia protestującego w dalszym toku postępowania przetargowego. Jednak zamawiający czyni to tak, jakby pierwszego jego pisma nie było i nie było złożenia przez wykonawcę wyjaśnienia. Taka procedura nie może być zaaprobowana ze względu na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz z uwagi na jednoznaczność orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie.

V. W praktyce wykształciła się powszechna akceptację co do prawa zamawiającego do określania warunków udziału w postępowaniu. Z drugiej strony wymagania zamawiającego mają być adekwatne do przedmiotu zamówienia. W rozpoznawanej sprawie wymagania tak jak je ostatecznie sformułował zamawiający – według swego punktu widzenia, z którym protestujący się nie zgadza – protestujący nie uznaje za adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający z pięciu wskazanych rodzajów robót ustanawia wymóg dotyczący wykonania trzech robót ziemnych w znacznym rozmiarze, wykonania dróg i placów oraz układania kabli energetycznych. Stoi to w rażącej dysproporcji do wszystkich zakresów robót, które są do wykonania w tym zadaniu inwestycyjnym. Zostały zupełnie pominięte roboty budowlane kubaturowe czy roboty sanitarne. Zatem została zastosowana preferencja przez zamawiającego dla wykonawców, którzy wykonywali duże roboty inne niż kubaturowe w sumie bez żadnego uzasadnienia, na niekorzyść tych wykonawców, którzy mają większe doświadczenie w robotach kubaturowych. Takie działanie zamawiającego naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców.

VI. W odniesieniu do kwestii niewykluczenia wykonawcy BAUTECH POLSKA z postępowania stwierdzić należy co następuje. Oferta konsorcjum, którego ta spółka jest

liderem zawierała oświadczenie, że wykonawca wykona przedmiot zamówienia siłami własnymi. Wykonawca nie wskazał stosowanie do żądania zamawiającego żadnego podwykonawcy w jakimkolwiek zakresie.

W takiej sytuacji dla zamawiającego było zupełnie jasne, iż wykonawca ten nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, ze względu na, to, iż nie jest w stanie sam dokonać oczyszczenia placu budowy z niewybuchów oraz samemu dysponować systemem sterowania procesem strzelań Agat-Szmaragd wymaganym przez zamawiającego, tak aby go dostarczyć, a potem go tam samemu zainstalować, a następnie jeszcze wykorzystać system aktualnie istniejący. Zamawiający sformułował wymagania w pkt 4 specyfikacji. W odniesieniu do oczyszczenia placu budowy z niewybuchów. „Wykonawca nie musi posiadać uprawnień w zakresie wykonywania działalności polegającej na >>oczyszczaniu<< terenu budowy z niewybuchów, natomiast może tę czynność podzlecić uprawnionemu podwykonawcy. Nadzór osób z uprawnieniami saperskimi będzie zapewniał wykonawca.”. Zamawiającym jest wojsko czyli instytucja nader wyspecjalizowana, mająca doskonałą wiedzę co do przedmiotu zamówienia, musi zdawać sobie sprawę z tego, że ten wykonawca który zapewne nie ma pojęcia o niewybuchach, bez udziału specjalistycznego podwykonawcy nie jest w stanie tego zakresu prac wykonać. Natomiast wykonawca sam siebie takiej możliwości wykonania pozbawił oświadczając, że podwykonawców żadnych angażować nie będzie.

Natomiast w odniesieniu do systemu sterowań procesem strzelań, zamawiający sformułował wymogi w punkcie 5.5.1 podpunkt 30 „dostawa i montaż urządzeń sygnalizacyjnych i sterowania systemu, wpięcie dostarczonego systemu do istniejącego systemu sterowania z możliwym wykorzystaniem istniejących urządzeń sterowniczych” oraz podpunkt 32 „rozruch strzelnicy z uwzględnieniem wszystkich robót i urządzeń wykonanych i istniejących w szczególności z uwzględnieniem rozruchu systemu i szkolenia obsługi sterowania strzelnicą”. Należy stwierdzić, iż trzeba być specjalistą by wiedzieć o co tu chodzi. Może zatem wykonawca z niewiedzy stwierdził, że wykona to siłami własnymi nie zdając sobie sprawy na czym rzecz cała polega. Dlatego podpisał oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp. Natomiast nie jest to zgodne z prawdą, zatem oferent złożył nieprawdziwe oświadczenie, bowiem zgodnie z wymogiem art. 22 ust. 1 pkt 2 winien on legitymować się wiedzą i doświadczeniem oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zatem wykonawca winien mieć licencje na wykonywanie prac saperskich i być wytwórcą i dostawcą systemu sterowania procesem strzelań Agat-Szmaragd.

Problem w tym, że jest tylko jeden wykonawca w Polsce takiego systemu – firma Optimum sp.j. z Warszawy. Fakt takiego braku po stronie tego wykonawcy, że on sam tym nie dysponuje, był dla zamawiającego znany od samego początku od momentu otwarcia



ofert i zapoznania się z ich treścią. Jako fakt dokładnie i niewątpliwie znany zamawiającemu z urzędu nie podlegał on żadnemu dowodzeniu ani sprawdzeniu.

Wobec powyższego zamawiający stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp musiał wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie punktu 5.3.1.3 i nie ma w tym względzie żadnego wyboru skoro sam w pkt 1.2.2 specyfikacji obligatoryjnie wymagał od wykonawcy posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nadto zamawiający ustanowił wymóg w pkt 1.2.2, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców musi złożyć wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków w trybie art. 22 ust. 1 Pzp – zał. nr 5. Jest oczywiste, że ten wykonawca nie jest w stanie wykonać tego zamówienia siłami własnymi, nie dysponuje ani wiedzą, ani potencjałem, ani osobami, aby być zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Natomiast zamawiający nie może dowolnie ustalać reguł postępowania nawet w imię tego, że chce otrzymać ofertę najniższą cenowo, aby jak najmniej zapłacić za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Nawiasem należy stwierdzić, iż zamawiający w punkcie 1.2.2 gdzie wyszczególnione są załączniki podał je niewłaściwie bowiem zał. nr 4 to nie informacje ogólne o wykonawcy, ale oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, zał. nr 5 to nie oświadczenie o spełnieniu warunków, ale potwierdzenie udziału w wizji lokalnej, a załącznika nr 6, który miałby być potwierdzeniem dokonania wizji lokalnej w ogóle w specyfikacji nie ma. Dowodzi to małej ogólnej poprawności i precyzji w sporządzaniu tego dokumentu.

VII. Zamawiający pismem z dnia 14.05.2009 r. wzywa wykonawcę BAUTECH POLSKA na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Zakres wyjaśnienia dotyczy oczyszczania terenu z niewybuchów i niewypałów oraz zamontowania systemu sterowania procesem strzelań, zatem dokładnie dotyczy tego, czego wykonawca ten nie jest w stanie sam wykonać, o czym wie zamawiający. Zamawiający umożliwia wykonawcy wyjście z tej sytuacji, umożliwiając wykonawcy faktyczne dokonanie zmiany w ofercie, do czego sam wykonawca się przyznaje, gdyż pomimo tego, że zamawiający żąda od niego wyjaśnień, to wykonawca w odpowiedzi pisze, że składa dokumenty celem uzupełnienia oferty czyli faktycznie jej zmiany.

Zamawiający zatem postępuje wbrew temu co określił dla siebie jako sposób postępowania w tym przetargu, bowiem w punktach 5.2.1.3 i 5.3.1.2 (str. 17) specyfikacji zamieścił dwa podobnie brzmiące postanowienia dotyczące niedopuszczalności zmiany treści oferty.

Protestujący dodaje, iż pytanie ze strony zamawiającego było niedopuszczalne w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem dotyczyło w istocie nie treści oferty, ale treści załączników do oferty. Nadto nie jest dopuszczalne w trybie tego przepisu dokonywanie uzupełnień

złożonych dokumentów o zupełnie nowe dokumenty, bowiem tak należy traktować dokumenty o zupełnie innej treści.

Ponadto zadane pytanie przez zamawiającego dotyczyło w istocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 1.2.2 specyfikacji. Zatem nie mogło być zadane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ale musiałyby być zadane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. O czym doskonale wie zamawiający skoro w drugiej części swego pisma wzywa tego wykonawcę właśnie w trybie tego przepisu do przedstawienia dokumentów w prowadzonym postępowaniu, których nie dołączono do oferty, a które dotyczą uprawnień osób, które mają kierować robotami budowlanymi. Jest to faworyzowanie jednego z wykonawców, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – art. 7 ust. 1 Pzp.

VIII. Protestujący wskazuje, iż dane ekonomiczne, które przedstawił wykonawca BAUTECH POLSKA nie spełniają warunku, aby dawać gwarancję wykonania zamówienia. Zarówno wartości kapitałów jak i wielkości obrotów nie wskazują na to.

IX. Wykonawca BAUTECH POLSKA nie spełnił wymaganego warunku postawionego przez zamawiającego w zakresie legitymowania się wartością wykonanych robót w wysokości co najmniej 8.000.000 zł ze względu na przedstawienie robót będących w toku wykonywania i które nie zostały zakończone, a dotyczą wykonania przebudowy wiaduktu PKP w miejscowości Strzelin na kwotę 2.161.000 zł.

Wobec tego wartość robót wynikających z referencji, które należy uznać za prawidłowo przedstawione przez tego wykonawcę dotyczy wartości poniżej wymaganych 8.000.000 zł dla robót budowlanych.

X. Oferta wykonawcy BAUTECH POLSKA zawiera rażąco niską cenę.

Wykonawca BAUTECH POLSKA w odpowiedzi z dnia 19.05.2009 r. na wezwanie zamawiającego stwierdza, że przyjął do kalkulacji stawkę za 1 roboczogodzinę w wysokości 8,00 zł. Natomiast stawka ta nie pozwala na to, żeby jakkolwiek pracownik wykonawcy BAUTECH POLSKA lub innej wchodzącej w skład konsorcjum był w stanie otrzymać płacę minimalną. Stawka ta musi zawierać w sobie obligatoryjne obciążenie ZUS-em, czego przy takiej stawce wykonawca BAUTECH POLSKA nie jest w stanie nigdy uzyskać.

XI. Oferta przetargowa złożona przez wykonawcę BAUTECH POLSKA nie została sporządzona zgodnie z wymaganiami specyfikacji. Załączone do oferty formularze nie zostały właściwie podpisane przez osobę upoważnioną do podpisania oferty. Ponadto załączone do oferty formularze powołujące się na „Wykonawcę” w miejscu „nazwa i adres wykonawcy” nie zawierają zgodnie z postanowieniami specyfikacji (pkt 1.2.3. ppkt 1d) składu całego konsorcjum lecz tylko dane lidera konsorcjum.

**12.06.2009 r.** wykonawca BAUTECH POLSKA przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

**15.06.2009 r.** wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

**15.06.2009 r.** zamawiający oddalił protest.

Bezpodstawny jest zarzut protestującego dotyczący braku określenia warunku w specyfikacji łącznej kwoty wartości zrealizowanych robót (doświadczenie wykonawcy), jakim należało się wykazać w celu potwierdzenia ww. warunku. Protestujący został wykluczony z przedmiotowego postępowania w związku z brakiem wykazania odpowiednich doświadczeń. Pomimo wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów i wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń złożonych do oferty, protestujący nie potwierdził posiadania wymaganego doświadczenia.

Niezrozumiały jest dla zamawiającego zarzut nr II dotyczący odpowiedzi na pytania wykonawców w trakcie trwania postępowania. Zamawiający odpowiedzią w dnia 02.02.2009 r. nie zmienił warunku udziału w postępowaniu, co sugeruje protestujący.

Zatem nieprawdziwą jest przywołana przez protestującego odpowiedź, jakoby zamawiający podał kwoty w przedziale 7.000.000-8.000.000 zł.

Protestujący jest niezdecydowany w swoim poglądzie (protest str. 2 i 3, pkt I uzasadnienia), ponieważ stwierdza w przywołanym akapicie, że zamawiający cyt. „W sposób jednoznaczny, zatem zamawiający opowiada się za odnoszeniem warunku do przedmiotu zamówienia”, a następnie stwierdza, że nie odnajduje w specyfikacji warunku dotyczącego łącznej kwoty co najmniej 8.000.000 zł.

Brak podstaw do twierdzenia protestującego, jakoby nie mógł odnaleźć w specyfikacji żądanego postanowienia dotyczącego wymaganej minimalnej kwoty w odniesieniu do robót z zakresu stawianego w specyfikacji. Szczegółowo opisany warunek znajduje się na str. 4 specyfikacji oraz w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i na stronie internetowej zamawiającego.

Ponadto należy podkreślić, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania przetargowego kilkakrotnie udzielał odpowiedzi wykonawcom (zgodnie z art. 38 Pzp) dotyczącej warunku związanego z doświadczeniem wykonawców. W wyniku odpowiedzi, protestujący złożył protest, w którym przywołał pełne brzmienie stawianego przez zamawiającego warunku dotyczącego doświadczenia „(...) łączna wartość robót (...) nie mniejsza niż 8.000.000 zł brutto (...)”.

Protestujący odnalazł w specyfikacji zakres robót oraz łączną kwotę robót budowlanych w stawianym warunku, w wyniku którego złożył protest. Zamawiający oddalił protest w całości, a wykonawca złożył odwołanie, do którego nie wniósł wpisu i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił przedmiotowe odwołanie.

Należy zauważyć, iż warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu były równe dla wszystkich uczestników postępowania i spośród dziesięciu złożonych ofert dziewięciu wykonawców postanowienie rozdziału II ust. 1.2.2 pkt 2 „Warunki szczegółowe (...)” zrozumiało jednakowo i spełniło opisany warunek udziału w postępowaniu.

Zarzut nr III i V zamawiający uznaje za bezzasadny. Zamawiający ma obowiązek określić warunki w postępowaniu w sposób właściwy dla przedmiotu zamówienia, tak by mógł zapewnić sobie odpowiedni efekt w postaci realizacji zamówienia. Zamawiający może wskazać konkretne wymogi, które winien spełnić wykonawca przez np. wykazanie odpowiedniego doświadczenia zawodowego i odpowiedniej wiedzy. W przeciwnym razie, gdyby specyfikacja nie wymieniała rodzaju wymogów dla wykonawców, to każdy z nich w sposób dowolny mógłby wykazywać spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Prawem, a zarazem obowiązkiem zamawiającego jest takie opisanie (skonkretyzowanie) warunku, by możliwa była rzetelna weryfikacja jego spełnienia przez wykonawców. Sposób skonkretyzowania warunku przez zamawiającego musi być adekwatny do stopnia złożoności i technicznego zaawansowania przedmiotu zamówienia. Z dyspozycji art. 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp wynika, że zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zobowiązany do określenia w sposób możliwie szczegółowy, warunków udziału wykonawców i oceny spełnienia tych warunków. Precyzyjne określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, z uwagi na bezwzględny obowiązek wyeliminowania z postępowania tych wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału (art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp), jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Dlatego warunki udziału w postępowaniu (w szczególności w zakresie doświadczenia wykonawców) muszą korelować z przedmiotem zamówienia. W rzeczywistości zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu posługując się różnymi określeniami, o ile jest to niezbędne do jasnego, precyzyjnego określenia warunku. Zamawiający nie musi zatem ograniczać się do zacytowania konkretnego przepisu ustawy, czy rozporządzenia. np. § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Może zatem doprecyzować, co rozumie przez „roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Zamawiający tak uczynił.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego szereg obowiązków. I tak, art. 26 ust. 3 Pzp nakłada obowiązek na zamawiającego wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń natomiast art. 87 ust. 1 Pzp dozwala do wezwania do złożenia jedynie pisemnych wyjaśnień złożonej oferty.

Pozostawiając wykonawcom swobodę, co do sposobu potwierdzenia spełnienia minimalnych warunków opisanych w specyfikacji, zamawiający powinien liczyć się z koniecznością wyjaśnienia ewentualnych niejasności w treści składanych ofert i nie może obciążać wykonawców negatywnymi skutkami otwartego sposobu opisanie parametrów technicznych. Zamawiający nie ma podstawy prawnej do kwestionowania, ewentualnie weryfikacji, składanych przez wykonawców oświadczeń i innych dokumentów, nie ma też obowiązku zwracania się o wyjaśnianie treści dokumentów w przypadku, kiedy ich treść nie budzi wątpliwości.

*Ratio legis* art. 26 ust. 3 Pzp przemawia za dopuszczeniem możliwości uzupełnienia dokumentów przez składanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wezwanie wykonawcy, który złożył dokumenty świadczące o braku spełnienia warunku do ich uzupełnienia mogłoby doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu.

Ponadto zamawiający określił cenę ofertową jako cenę ryczałtową i zastrzegł, że w cenie ofertowej wykonawcy muszą uwzględnić koszt oczyszczania placu budowy z niewybuchów pod nadzorem osób z uprawnieniami saperskimi.

Również zarzut nr VI i VII dotyczący podwykonawstwa w ofercie wykonawcy BAUTECH POLSKA jest nietrafny. Brak jest podstaw do zakwestionowania oferty pod kątem występowania w niej podwykonawców, a tym samym jako sprzecznej z postanowieniami specyfikacji, w sytuacji gdy wykonawca nie zgłosił w swojej ofercie podwykonawców, a jedynie oświadczył, że przy wykonywaniu zadania będzie korzystał z usług osób, które prowadzą działalność gospodarczą, niektóre jako osoby fizyczne, a niektóre w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wymaganie od zamawiającego, aby zakazał składania ofert, w których wykonawca oświadczy, iż będzie się posługiwać osobami, które prowadzą działalność gospodarczą stanowi naruszenie podstawowych zasad gospodarki rynkowej jak również zasady wolności działalności gospodarczej. Faktu prowadzenia działalności gospodarczej przez te osoby nie można wiązać z zakazem podwykonawstwa.

Bezpodstawny jest zarzut dotyczący braku stosownych uprawnień do wykonywania prac polegających na „oczyszczaniu terenu budowy z niewybuchów” przez lidera konsorcjum BAUTECH POLSKA. Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i

wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Warunki specyfikacji w przedmiotowym zakresie zostały określone na tyle precyzyjnie oraz jednoznacznie, że nie budziły wątpliwości na żadnym etapie prowadzonego postępowania.

Zamawiający zaznaczył, iż wykonawca nie musi posiadać uprawnień w zakresie wykonywania działalności polegającej na oczyszczaniu terenu budowy z niewybuchów, natomiast może tę czynność podzlecić uprawnionemu podwykonawcy. Nadzór osób z uprawnieniami saperskimi będzie zapewniał wykonawca. Tym samym zamawiający nie narzucił zatrudnienia podwykonawców do tej czynności, jak również nie wymagał dołączenia do oferty uprawnień osób wykonujących te prace.

Zamawiający, chcąc chronić swoje interesy, zgodnie z postanowieniem art. 36 ust. 4 Pzp, może żądać wskazania w ofercie tej części zamówienia, której realizacja będzie powierzona podwykonawcom.

W odniesieniu do zarzutu nr VII dotyczącego sytuacji ekonomicznej lidera konsorcjum firmy BAUTECH POLSKA zamawiający uznaje go za bezpodstawny.

Lider konsorcjum BAUTECH POLSKA spełnia wymogi określone przez zamawiającego, tak więc wskazanie protestującego, iż dane ekonomiczne, które przedstawił lider konsorcjum BAUTECH POLSKA nie spełniają wymogu takiego, żeby dawało gwarancje wykonania przedmiotowego zamówienia jest odbiegające od stanu faktycznego.

W odniesieniu do zarzutu nr IX dotyczącego potwierdzenia wykonania robót odpowiadających specyfikacji oraz wymogom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zdaniem zamawiającego treść specyfikacji oraz § 1 ust. 2 pkt 1 przytaczanego rozporządzenia uprawnia zamawiającego do uznania robót budowlanych za wykonane gdy zostały zakończone przed upływem pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania bez względu na datę ich rozpoczęcia. Ponieważ z przystąpienia do protestu i wyjaśnień wykonawcy BAUTECH POLSKA jednoznacznie wynika, iż roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia zostały wykonane przed dniem wszczęcia postępowania tj. zakończone do 30.08.2008 r.

Referencje z których *explicite* wynika, że wykonawca zrealizował określony zakres prac, bez wątpliwości potwierdza uzyskanie przez niego w tym zakresie doświadczenia, Dla oceny posiadania wymaganego doświadczenia istotnym jest bowiem wykonanie odpowiednich prac, a nie to kto był stroną umowy z zamawiającym.

Doświadczenie wykonawców oceniane jest łącznie na podstawie doświadczenia członków konsorcjum. Wynika to z istoty i celu przepisu, który umożliwia podmiotom, które nie są w stanie samodzielnie spełniać warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, skorzystać z możliwości złożenia wspólnej oferty z jednoczesnym legitymowaniem się

wiedzą, doświadczeniem oraz dysponowaniem wymaganym potencjałem technicznym i osobowym ocenianym łącznie.

Ponadto w związku z bardzo długą procedurą przetargową (postępowanie wszczęto 12.09.2008 r. a otwarcie ofert nastąpiło 06.04.2009 r. czyli prawie 7 miesięcy po wszczęciu postępowania) niezrozumiałe dla zamawiającego jest aby nie mógł on uznać ww. robót za wykonane zgodnie z przepisami.

Bezasadny jest zarzut nr X dotyczący zaniechania odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę. Należy zauważyć, iż zgodnie z opinią UZP (opinie prawne [WWW.uzp.gov.pl](http://WWW.uzp.gov.pl)) za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Takim odniesieniem będzie wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług – VAT (ma to charakter pomocniczy).

Wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być wyłącznie wartość zamówienia z VAT (por. wyrok ZA sygn. akt. UZP/ZO/0-210/07) określona przez zamawiającego, ponieważ nie zawsze odnosi się do rzeczywistej ceny przedmiotu zamówienia. Przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych (konkurencyjnych) podobnych zamówień wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych. Na podstawie znanych orzeczeń można przyjąć, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- 1) wartość zamówienia ustalona należycie przez zamawiającego i powiększona o VAT;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

W sytuacji uzasadnionych wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się z prośbą o wyjaśnienia. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy BAUTECH Polska o wyjaśnienie złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty jako rażąco niskiej.

Okoliczność, że ceny zaproponowane w ofercie przez wykonawcę są niższe od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego nie świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Cena niższa niż wartość szacunkowa zamówienia może wyłącznie skutkować wszczęciem przez zamawiającego postępowania w trybie art. 90 Pzp, nie stanowi natomiast przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepisy ustawy nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty,

bezsposny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Samo porównanie wartości przedmiotu zamówienia oraz ceny zawartej w ofercie wykonawcy, która znacznie od niego odbiega, nie uprawnia jeszcze do odrzucenia oferty. Przepis art. 90 Pzp ustala procedurę postępowania mającą na celu ustalenie, czy zaproponowana cena jest rażąco niska. Przepis nakazuje zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie dotyczące powodów zaproponowania niskiej ceny. Na podstawie wyjaśnień zamawiający ocenia czy zaproponowana cena rzeczywiście jest ceną zaniżoną. Wyczerpanie trybu ustalonego w przepisie art. 90 Pzp jest dla zamawiającego obligatoryjne przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy, kieruje się czynnikami obiektywnymi, które mogą mieć wpływ na wysokość zaproponowanej przez danego wykonawcę ceny.

Zarzut nr XI jest również nietrafiony. Sprzeczność oferty z treścią specyfikacji, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zachodzi wyłącznie w odniesieniu do jej treści, a nie formy. Nieprawidłowości co do formy oferty mogą być rozpoznawane jedynie w kategoriach uchybień porządkowych, pozostających bez wpływu na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Uchybienia dotyczące formy oferty nie mogą stanowić podstaw do jej odrzucenia. Za nieistotne i nie skutkujące koniecznością odrzucenia oferty należy uznać uchybienia polegające na braku np.: numeracji stron czy załączników, braku pieczęci, braku sformułowania „za zgodność z oryginałem”, czy barku stwierdzenia „potwierdzam” na dokumencie.

**26.06.2009 r.** wykonawca GOBUD Tadeusz Kot, Gorzów Wielkopolski złożył odwołanie. Odwołujący podtrzymał zarzuty i podkreślił, że należy powołać biegłego w sprawie rażąco niskiej ceny oraz sytuacji finansowej wybranego wykonawcy (X i XI).

**30.06.2009 r.** wykonawca BAUTECH POLSKA przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**17.07. 2009 r.** zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

1. Kwestionowane warunki i sposoby ich oceny zostały zawarte na str. 4 specyfikacji. Zamawiający nie zmieniał warunku wykazania się robotą o wartości minimum 8.000.000 zł podczas całego postępowania.

2. Art. 26 ust. 3 Pzp, zdaniem zamawiającego i odwołującego, można zastosować jeden raz do jednego zagadnienia (dokumentu), ale art. 26 ust. 4 Pzp nie jest, zdaniem zamawiającego, tak obwarowany. Dlatego zamawiający może żądać wyjaśnień wielokrotnie.

3. Zarzuty do wcześniejszych postępowania nie powinny być przytaczane.



4. Zamawiający uszczegółowił warunek, co zostało opublikowane w Dz. Urz. UE dnia 20.12.2008 r. pod nrem S 248-329851.

5. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku, ponieważ łączna wartość wykazanych robót nie mogła być mniejsza niż 8.000.000 zł.

6. Warunek 8.000.000 zł to tylko około 1/3 wartości zamówienia.

7. Zamawiający miał prawo uznać nowe dokumenty wykonawcy, złożone po terminie składania ofert w wyniku wezwania przez zamawiającego, art. 26 ust. 3 Pzp.

8. Wybrany wykonawca nie zadeklarował wykonania części zamówienia, a jedynie oświadczył, że będzie korzystać z usług osób fizycznych lub prawnych.

9. Zamawiający nie ma prawa ani obowiązku wyjaśniać treści dokumentów, gdy nie budzą one wątpliwości.

10. Zamawiający nie wymagał od wykonawców posiadania kwestionowanych uprawnień „oczyszczania terenu budowy z niewybuchów...”.

11. Referencje od różnych podmiotów są równoważne.

12. Konsorcjum z istoty może potwierdzać doświadczenie poszczególnych konsorcjantów, bo ponoszą oni solidarną odpowiedzialność.

13. Zamawiający może wyznaczyć termin, po upływie terminu składania ofert, na potwierdzenie spełnienia warunków.

14. Odnośnie rażąco niskiej ceny, zamawiający przytoczył argumentację ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych oraz Słownika PWN.

15. W cenie ryczałtowej, zamawiający nie ma prawa narzucania sposobu obliczania ceny ofertowej. Bezzasadne jest wnoszenie o powołanie biegłego. Nie ma znaczenia jakie wynagrodzenie będą pobierać pracownicy konsorcjum.

16. Dokumenty finansowe wybranego wykonawcy potwierdzają spełnienie warunków finansowych.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, a zwłaszcza ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum BAUTECH POLSKA – należy uznać za słuszny.

W specyfikacji, str. 11/20 w jednostce redakcyjnej zatytułowanej „III. Załączniki do SIWZ” tiret siódme „oświadczenie – zlecenie robót podwykonawcom”, zamawiający zaanonsował o oświadczeniu dotyczącym części zamówienia, którą wykonawcy zamierzają powierzyć podwykonawcom. Na str. 75 oferty wykonawca konsorcjum BAUTECH POLSKA załączył to oświadczenie, sporządzone zgodnie z formularzem załączonym do specyfikacji. Z oświadczenia wynikało, że wykonawca wykona zamówienie w całości siłami własnymi, a ponadto wykonawca nie wpisał żadnych informacji w niżej zamieszczonej tabeli przeznaczonej do wskazania robót, które mają zostać zlecone.

Dlatego należy uznać, że wobec unormowania art. 36 ust. 4 Pzp, na żądanie zamawiającego wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, wykonawca konsorcjum BAUTECH POLSKA jednoznacznie oświadczył, że wykona całość zamówienia własnymi siłami.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp, zamawiający jest obowiązany wymagać podania przez wykonawcę, a wykonawca jest obowiązany podać – części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Element ten jest treścią samej oferty *sensu stricto*, bez względu na to, gdzie przedmiotowe oświadczenie znajduje się w ofercie *sensu largo*.

Oświadczenie o częściach zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Dlatego nie można zastosować unormowania art. 26 ust. 3 Pzp i uzupełnić w ofercie brakującego lub błędnie sporządzonego oświadczenia w zakresie podwykonawstwa.

Skład orzekający Izby podkreśla, że wykazanie części zamówienia, które zamawiający powierzy podwykonawcom nie jest elementem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tym zakresie wykonawcy deklarują o samodzielnym dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Na spełnienie tego warunku wykonawcy są obowiązani wskazać osoby, zdolne do wykonania zamówienia. Kwestia żądania wskazania takich osób jest ogólnie uregulowana w art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, a uszczegółowiona w art. 22 ust. 1 pkt 2 i w związku z tym w art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz w § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). W przytoczonych przepisach brak jest wymagań podania części zamówienia, a wskazane przepisy są skierowane na konieczność wskazania osób, zdolnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje wykonawca. I wykonawca złożył takie

informacje, a więc nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W związku z tym skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum BAUTECH POLSKA, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i bezpodstawnego żądania i uzupełnienia oferty oraz uznania uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec konieczności odrzucenia oferty, co zostało opisane wyżej, w ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum BAUTECH POLSKA, która podlega odrzuceniu – należy uznać za słuszny.

Zamawiający, po otwarciu ofert dokonuje trzech najważniejszych czynności, o których mowa w art. 20 ust. 1 Pzp:

- 1) ocenia spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) bada oferty;
- 3) ocenia oferty.

Są to czynności, których kolejność wykonania jest obowiązkowa, a jednocześnie wynikająca z logicznego toku postępowania zamawiającego. Byłoby niezgodne z przepisami (a także z pragmatyką i logiką) np. najpierw dokonanie wyboru oceny ofert (i wybrania najkorzystniejszej oferty), a dopiero potem zbadanie czy oferta odpowiada specyfikacji i na końcu ocenienie czy ten wykonawca nie podlega wykluczeniu i w ogóle czy jego oferta nie powinna być uznana za odrzuconą.

W trakcie kolejnego dokonywania wyżej wskazanych czynności, zamawiający najpierw eliminuje wykonawców, którzy nie spełniają warunków i traktuje ich oferty jako odrzucone (stosownie do art. 22 ust. 1, 24 i 26 ust. 3 i 4 Pzp), a więc nie dokonuje z nimi dalszych czynności, następnie bada oferty, czy nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, a dopiero po dokonaniu tych dwóch selekcji ocenia oferty w celu wybrania oferty najkorzystniejszej. Ocena ofert musi być dokonana zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji, o czym stanowi art. 91 ust. 1 Pzp. Dlatego dopuszczenie do stadium oceny oferty, która powinna być we wcześniejszej fazie postępowania odrzucona musi zostać potraktowane jako naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, a także art. 89 ust. 1 Pzp, a w rozpoznawanym, konkretnym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co zostało uzasadnione wyżej.

W związku z tym skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, która nie powinna być oceniona.

Ponadto, rozpoznając argument odwołującego o zakazie wyjaśniania treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i więcej niż jednokrotnym zastosowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp żądania do uzupełniania w zakresie jednej kwestii brakującego dokumentu, skład orzekający Izby nie przychyliła się do argumentacji odwołującego.

W przepisie art. 87 ust. 1 Pzp, ustawodawca nałożył na zamawiającego jedyne ograniczenie w stosunku do zakresu wyjaśnień – wyjaśnienia muszą dotyczyć treści złożonych ofert i ze względu na brak jakichkolwiek kwantyfikacji wyjaśnienia te mogą dotyczyć oferty *sensu largo*, czyli wyjaśnienia mogą dotyczyć całej oferty wraz z załącznikami i wszystkimi innymi elementami, o których mowa w art. 97 ust. 2 Pzp, a nie tylko oferty *sensu stricte*, sporządzonej zwykle na formularzu oferty w kształcie zaproponowanym przez zamawiającego, jako załącznik do specyfikacji. Dlatego argumentacja odwołującego o braku uprawnienia zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w określonym zakresie nie może być uznana przez skład orzekający Izby.

Odwołujący podnosi, że zamawiający przekroczył swoje uprawnienia żądając więcej niż jednokrotnie uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust.3 Pzp w tym samym zakresie. Skład orzekający Izby stwierdza, że w praktyce wykonawcy stosując się do unormowania art. 26 ust. 3 Pzp wzywają jednokrotnie wykonawców do złożenia uzupełnień oferty w zakresie określonych dokumentów, oświadczeń czy pełnomocnictw. Praktyka ta wykształciła się ze względu na trzy główne przesłanki. Pierwsza przyczyna to konieczna szybkość postępowania w sprawach zamówień publicznych i w związku z tym zasadne jest wykonywanie przez zamawiających tylko czynności niezbędnych, ale wszystkich, do przeprowadzenia postępowania. Drugim powodem wykształcenia się takiej praktyki jest to, że aby wykazać prowadzenie postępowania zgodnie z należytą starannością należy dowieść, że zamawiający dokonał czynności żądania uzupełnienia ofert, czyli dokonał tej czynności jednokrotnie. Wreszcie trzecią okolicznością wpływającą na taką praktykę jest samo orzecznictwo, a w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyrokach nie można nakazać zamawiającemu dokonania czynności ponad czynności prawnie uzasadnione. Orzeczenia mogą zapadać tylko w granicach nakazania jednokrotnego żądania uzupełnienia dokumentów, gdyż żaden przepis nie uprawnia do nakazania zamawiającemu następnego żądania uzupełnienia dokumentów.

Ponadto, w praktyce, tylko jednokrotne stosowanie do jednego zdarzenia art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp wynika z upowszechnionego poglądu, że przepis ten stanowi wyjątek w stosunku do reguły, iż całość oferty powinna być złożona przed upływem terminu składania ofert i później jest taka oferta niezmienna, za wyjątkiem sytuacji unormowanej w art. 87 ust. 2 Pzp.

Tym niemniej, odwołujący nie dowiódł, że zamawiający wielokrotnie żądał uzupełnienia tego samego dokumentu i wobec tego zarzut wielokrotnego żądania uzupełnienia tych samych dokumentów nie może się ostać.

W zakresie zastrzeżenia odwołującego, że wykonawca BAUTECH POLSKA nie wykazał spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że zastrzeżenie to nie ma podstaw.

Zamawiający zawarł w specyfikacji wymóg wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 2 000 000 zł, a wykonawca BAUTECH POLSKA złożył informację z banku o posiadaniu zdolności kredytowej w wysokości 2 200 000 zł. Ponadto zamawiający żądał innych dokumentów, zgodnie z uregulowaniem § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), jednak zamawiający nie wskazał żadnego progu, od którego liczyłby spełnienie warunku, poza wyżej wskazanym progiem wartości zdolności kredytowej lub stanu konta. Dlatego złożenie przez wykonawcę każdego dokumentu o nazwie i cechach zgodnych z wymaganymi powodowało spełnienie warunku. W związku z tym uwaga odwołującego, że wykonawca ten nie spełnił warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia nie znajduje poparcia składu orzekającego Izby.

Również zakwestionowanie przez odwołującego spełnienia przez wykonawcę BAUTECH POLSKA warunku posiadania niezbędnego doświadczenia w zakresie robót przy przebudowie wiaduktu PKP w Strzelinie nie znajduje w oczach składu orzekającego Izby poparcia. Inwestor wydał wykonawcy referencje i referencje te zostały złożone zamawiającemu we właściwym terminie. Wobec tego zamawiający miał podstawy do uznania spełnienia kwestionowanego warunku przez wykonawcę. Dlatego kwestionowanie spełnienia warunku posiadania niezbędnego doświadczenia przez wykonawcę BAUTECH POLSKA nie może się ostać.

Najistotniejsze w poruszanej kwestii jest to, że wykazane w referencjach roboty zostały wykonane przed dniem wszczęcia rozpoznawanego postępowania. Tak też stanowi § 1 ust. 2 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Skład orzekający Izby podkreśla, że wykonawca może na wykazanie spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i niezbędnego doświadczenia, zgodnie z przytaczanym § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia legitymować się tylko i wyłącznie wykonanymi robotami w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Od tej reguły nie ma wyjątku nawet gdy postępowanie trwa wiele miesięcy, jak w rozpoznawanym przypadku.

Podobnie nie znajduje uznania w oczach składu orzekającego Izby zarzut odwołującego, że oferta wykonawcy BAUTECH POLSKA zawiera rażąco niską cenę. Trafnie argumentuje zamawiający.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (opinie prawne [WWW.uzp.gov.pl](http://WWW.uzp.gov.pl)) za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, jest cena ustalona przez zamawiającego jako wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług (VAT). Przy czym wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być wyłącznie określona przez zamawiającego wartość zamówienia i powiększona o VAT, ponieważ nie zawsze odnosi się do rzeczywistej ceny przedmiotu zamówienia, ze względu na termin jej ustalenia (zwykle wartość jest oszacowywana kilka miesięcy przed wyznaczeniem ceny ofertowej) i wykreowana przez inne podmioty (zamawiającego i wykonawcę). Przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych (konkurencyjnych) podobnych zamówień wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych.

W sytuacji wzbudzającej wątpliwość, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający ma obowiązek zwrócić się o wyjaśnienia. W rozpoznawanej sprawie, zamawiający – zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp – zwrócił się do wykonawcy BAUTECH POLSKA o wyjaśnienie ceny oferty. Po analizie wyjaśnień, zamawiający stwierdził, że brak podstaw do odrzucenia tej oferty jako oferty z rażąco niską ceną, gdyż sama okoliczność, że ceny zaproponowane w ofercie przez wykonawcę są niższe od szacunkowej wartości zamówienia czy o kilkanaście procent od następnej oferty nie mogą świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty.

Przepisy ustawy nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik Języka Polskiego opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Do takiego stwierdzenia zamawiający nie był uprawniony – już to na podstawie niewielkich różnic cen między poszczególnymi ofertami, a także na podstawie rzeczowych wyjaśnień wykonawcy.

W związku z tym także zarzut odwołującego w sprawie zastosowania rażąco niskiej ceny zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Także zarzut odwołującego, iż oferta złożona przez wykonawcę BAUTECH POLSKA nie została sporządzona zgodnie z wymaganiami specyfikacji, że względu na to, że załączone do oferty formularze nie zostały właściwie podpisane przez osobę upoważnioną do podpisania oferty i nie zawierają zgodnie z postanowieniami specyfikacji składu całego konsorcjum, lecz tylko dane lidera konsorcjum, nie zasługują na uwzględnienie.

Ofertę należy czytać całościowo i nie można na podstawie fragmentarycznych danych stwierdzać, że cała oferta nie odpowiada treści specyfikacji.

Ponadto odwołujący – zarzucając sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – dowiódł uchybień formalnych oferty wykonawcy BAUTECH POLSKA. Jednak uchybienia dotyczące formy oferty nie mogą stanowić podstaw do odrzucenia tej oferty, gdyż art. 89 ust. 1 Pzp stanowi wyłącznie o brakach treści oferty w stosunku do treści specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Wobec tego również zarzut odwołującego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BAUTECH POLSKA ze względu na wyżej opisane uchybienia zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Również zarzuty odwołującego – odnośnie bezpodstawnego, a zatem niezgodnego z art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż zamawiający nie miał prawa zawęzać wykazywania się doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych tylko do wskazanych w ogłoszeniu i specyfikacji, a powinien doświadczenie porównywać z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia – zdaniem składu orzekającego Izby nie mogą być uwzględnione.

Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał w ogłoszeniu i specyfikacji kilka rodzajów robót, których wykonanie i wykazanie o określonej wartości będzie uprawniało do ubiegania się o stwierdzenie spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Ponadto z odpowiedzi udzielonych na konkretne zagadnienia nie można wysnuwać uogólnień w stosunku do postanowień specyfikacji, a szczególnie w stosunku do zmiany postanowień specyfikacji. W celu zmiany treści specyfikacji (a w tym postanowień dotyczących spełnienia warunków), zamawiający musi zastosować procedurę, o której stanowi unormowanie art. 38 ust. 4 i n. Pzp, a więc w rozpoznawanym przypadku, przekazać ogłoszenie dodatkowych informacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz zamieścić odpowiednie ogłoszenie o zmianach na stronie internetowej, gdzie została zamieszczona specyfikacja.

Zamawiający wyjaśnił konkretne zagadnienie i nie wprowadził żadnych zmian do treści ogłoszenia ani specyfikacji. Nie uczynił, żadnych z wymaganych czynności określonych w art. 38 ust. 4 i n. Pzp. Dlatego wykonawcy nie mieli podstaw do sądenia, że postanowienia specyfikacji zostały zmienione. Wobec tego wykonawcy musieli wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie ze sposobem oceny wykonania warunków określonym w specyfikacji i w związku z tym powinni byli wykazać się wykonaniem kilku określonych w specyfikacji rodzajów robót na łączną kwotę tam wskazaną.

Odwołujący wykazał się spełnieniem warunku w znacznie mniejszym zakresie wartościowym niż warunkował to zamawiający, dlatego odwołujący został wykluczony z postępowania.

Skład orzekający Izby ponadto stwierdza, że zamawiający ma prawo do opisywania sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w sposób, który zapewni (zdaniem

zamawiającego), że wybrany wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie. Jeżeli ten sposób budzi kontrowersje, to wykonawcy mogą nawet wnosić protesty do zamawiającego czy wnosić odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jednak w rozpoznawanym postępowaniu protesty ani odwołania w kwestii ustanowienia sposobu oceny warunków nie miały miejsca. W związku z tym zarzut o zbyt subiektywnym i bezzasadnym ustanowieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków jest spóźniony, a także odwołujący nie wykazał, że zamawiający w tym zakresie przekroczył uprawnienia do uzasadnionego sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków.

Również nie może być uznane za zbyt wygórowane czy nieuzasadnione sformułowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie około 1/3 wartości przedmiotu zamówienia.

Ponadto odwołujący zauważył, że do stwierdzenia spełnienia warunku wystarczy określenie minimalnej ilości robót, a dookreślenie opisu dokonywania oceny spełnienia tych warunków przez określenie wartości robót – ze względu na regionalne różnice cen – może doprowadzić do nierówności traktowania poszczególnych wykonawców.

Zamawiający, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 przytaczanego *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* ma obowiązek określić rodzaj robót i ich wartość. Dlatego określenie w specyfikacji wartości wykazanych robót na spełnienie posiadania warunku doświadczenia jest w specyfikacji konieczne i zarzut o niepożądanym określeniu wartości robót nie może się ostać.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołujący z postępowania nie może uwzględniony.

Wobec braku wykazania konieczności powołania biegłych w zakresie wskazanym w odwołaniu skład orzekający Izby przychylił się do wniosku zamawiającego o odstąpienie od powoływania biegłych.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodu złożonego przez zamawiającego na przewidywanie zlecenia części zamówienia podwykonawcom, gdyż w piśmie brak informacji o części zamówienia, a tylko jest mowa o zatrudnieniu pracowników i dysponowaniu środkami transportu i sprzętem.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów: 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp, znalazły potwierdzenie.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....