

Sygn. akt: KIO 2199/11

**WYROK**  
**z dnia 21 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **11 października 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. Norwida 34, 50-950 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **PBG Spółka Akcyjna z siedzibą w Przeźmierowie, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w takim samym zakresie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. Norwida 34, 50-950 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę

**Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 24.739,28 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące siedemset trzydzieści dziewięć złotych dwadzieścia osiem groszy) przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. Norwida 34, 50-950 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. św. Floriana 9/13** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. C. K. Norwida 34, 50-950 Wrocław wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Stopień Brzeg Dolny – roboty remontowo-modernizacyjne na stopniu«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

01.10.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 189-308462.

**11.10.2011 r.**, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wykonawca Energopol-Szczecin S. A. z siedzibą w Szczecinie, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin wniósł do Prezesa KIO odwołanie od czynności opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp;
- 2) art. 41 pkt 7 Pzp;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp;

– przez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia w sposób niejasny, niejednoznaczny, ograniczający uczciwą konkurencję i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu modyfikacji sposobu oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu, przez wprowadzenie postanowienia, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej 1 zadanie o wartości brutto minimum 25.000.000 zł, polegającego na wykonywaniu robót stanowiących budowę, przebudowę lub remont budowli hydrotechnicznej [zgodnych z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług nr 42.9 *POZOSTAŁE OBIEKTY INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ*;

*ROBOTY OGÓLNOBUDOWLANE ZWIĄZANE Z BUDOWĄ POZOSTAŁYCH OBIEKTÓW INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ*, względnie odpowiadających im zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych lub załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.);

- 2) nakazanie zamawiającemu modyfikacji sposobu oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu przez wprowadzenie postanowienia, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej 1 zadanie o wartości brutto minimum 25.000.000 zł, polegającego na wykonywaniu robót stanowiących budowę, przebudowę lub remont budowli hydrotechnicznej (zgodnych z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług nr 42.9 *POZOSTAŁE OBIEKTY INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ; ROBOTY OGÓLNOBUDOWLANE ZWIĄZANE Z BUDOWĄ POZOSTAŁYCH OBIEKTÓW INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ*, względnie odpowiadających im zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych lub załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane);
- 3) zasądzenie kosztów postępowania.

Ponadto odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

#### Argumentacja odwołującego

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacja) zamawiający dokonał opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawców wskazując, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia (co najmniej 1 zadanie o wartości brutto minimum 25.000.000 zł). Roboty takiego samego rodzaju, czyli wykonanie robót: w zakresie prac dotyczących budowy lub remontu budowli hydrotechnicznych, w której występowały następujące grupy robót:

- roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej (ST pkt prel. IV. 10.1.1.2 Jaz cz. Hydrotechniczno-Konstrukcyjna),
- montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji oraz montaż konstrukcji metalowych (ST pkt prel. IV.10.1.1.3 Jaz cz. Wyposażenie Technologiczne),
- budowa obiektów inżynierii wodnej (ST pkt prel. IV.10.1.2 Poszur i Ponur).

Tak sformułowany opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia narusza postanowienia art. 22 ust. 4 Pzp (oraz art. 7 ust. 1 Pzp) przez nieadekwatność do przedmiotu zamówienia i nierówne traktowanie wykonawców.

(i) W pierwszej kolejności treść zaskarżanego sposobu opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazuje, że nie jest jasna treść tego opisu.

Dokonywany przez zamawiającego opis sposobu spełnienia warunku rodzi zasadnicze wątpliwości co do swojej treści. Na jego podstawie nie jest wiadome jakim doświadczeniem powinien wykazać się wykonawca biorący udział w postępowaniu. Opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu może być interpretowany przynajmniej na kilka sposobów, że wykonawca powinien wykazać się wykonaniem co najmniej 1 zadania o wartości brutto 25.000.000 zł, w skład którego:

- 1) wszedł co najmniej 1 z 3 rodzajów robót wymienionych w treści warunku (tj. roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji oraz montaż konstrukcji metalowych, budowa obiektów inżynierii wodnej), przy czym pozostałe rodzaje robót wymienione w treści warunku również powinny być wykazane przy realizacji zadań o wartości brutto minimum 25.000.000 zł; na taki sposób rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu może wskazywać fragment, w którym zamawiający określa, że za roboty tego samego rodzaju jak objęte przedmiotem zamówienia traktuje zadania o wartości brutto minimum 25.000.000 zł;
- 2) wszedł co najmniej 1 z 3 rodzajów robót wymienionych w treści warunku (tj. roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji oraz montaż konstrukcji metalowych, budowa obiektów inżynierii wodnej), przy czym pozostałe rodzaje robót wymienione w treści warunku również powinny być wykazane przy realizacji zadań o wartości innej niż brutto minimum 25.000.000 zł;
- 3) weszły wszystkie 3 rodzaje robót wymienionych w treści warunku (tj. roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji oraz montaż konstrukcji metalowych, budowa obiektów inżynierii wodnej).

Taki sposób sformułowania opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu powoduje, że wykonawcom nie jest znana treść tego opisu, co uniemożliwia im uczestnictwo w postępowaniu. Dodatkowo, jeżeli faktyczna intencja zamawiającego co do treści opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu byłaby taka, jak brzmienie wskazane w pkt 1

powyżej, to odwołujący podnosi, że taki sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję.

Skoro bowiem zamawiający rodzajowo określa doświadczenie wykonawcy przez odesłanie do technicznych parametrów robót, to wymóg aby roboty te (rozumiane rodzajowo) każdorazowo były realizowane w ramach zadania o wartości minimum 25.000.000 zł to znaczy, że zamawiający preferuje wykonawców dużych realizujących zamówienia w charakterze wykonawców generalnych eliminując np. firmy specjalistyczne, które roboty te wykonywały jako podwykonawcy wykonawców generalnych.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o takie określenie treści opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu tak, aby nie obejmował on w odniesieniu do każdego z rodzajów robót wymogu zrealizowania ich w ramach zadania o wartości minimum 25.000.000 zł, przez wprowadzenie modyfikacji ogłoszenia i specyfikacji w następujący sposób: przez wprowadzenie postanowienia, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej 1 zadania o wartości brutto minimum 25.000.000 zł, polegającego na wykonywaniu robót stanowiących budowę, przebudowę lub remont budowli hydrotechnicznej (zgodnych z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług nr 42.9 *POZOSTAŁE OBIEKTY INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ; ROBOTY OGÓLNOBUDOWLANE ZWIĄZANE Z BUDOWĄ POZOSTAŁYCH OBIEKTÓW INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ*, względnie odpowiadających im zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych lub załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane).

(ii) Odwołujący wskazuje, jako ograniczające konkurencję, zamieszczenie w odniesieniu do poszczególnych rodzajach robót składających się na treść warunku udziału w postępowaniu odesłania do Specyfikacji Technicznej. W związku z powyższym treść opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu uzyska brzmienie:

– roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej (ST pkt prel. IV. 10.1.1.2 Jaz cz. Hydrotechniczno-Konstrukcyjna),

– montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji oraz montaż konstrukcji metalowych (ST pkt prel. IV.10.1.1.3 Jaz cz. Wyposażenie Technologiczne),

– budowa obiektów inżynierii wodnej (ST pkt prel. IV. 10.1.2 Poszur i Ponur).

Opisane powyżej postanowienie odnośnie treści opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pierwszej kolejności powoduje, że wykonawca, który zamierza wziąć udział w postępowaniu, celem dokonania analizy czy spełnia warunek musi zapoznać

się z treścią bliżej nieokreślonej w ogłoszeniu o zamówieniu Specyfikacji Technicznej stanowiącej część specyfikacji.

Taki stan rzeczy zaprzecza treści i istocie regulacji dotyczącej ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym zawartej w przepisie art. 41 pkt 7 Pzp.

Jak wskazuje się piśmiennictwie prawniczym ogłoszenie powinno precyzować wymienione elementy, tak aby wykonawca na ich podstawie mógł podjąć decyzję o uczestnictwie w postępowaniu, w tym poniesieniu kosztów związanych z ewentualnym wykupieniem specyfikacji, a następnie przygotowaniem oferty [M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Komentarz do art. 41 ustawy – Prawo zamówień publicznych, System Informacji Prawnej LEX]. Warto przywołać w tym miejscu także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 kwietnia 2003 r., (sygn. akt V Ca 579/03), w którym Sąd Okręgowy orzekł, że: „Określenie warunków, jakie powinni spełniać przyszli oferenci, powinno wynikać już z treści ogłoszenia, tak aby czytający wiedział, czy udział w przetargu leży w sferze jego zainteresowań i możliwości określonych ogłoszeniem, czy też nie, bez konieczności zakupu od zamawiającego specyfikacji”.

Analogicznie jak opisywane praktyki zamawiających piętnuje orzecznictwo arbitrażowe. W wyroku z dnia 3 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-266/06) Zespół Arbitrów orzekł, że »Zamawiający ma obowiązek zamieścić już w ogłoszeniu o zamówieniu opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Warunki te oczywiście muszą być tożsame z warunkami określonymi w specyfikacji, jednakże za niezgodne z cyt. przepisem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych należy uznać odsyłanie w zakresie warunków udziału w postępowaniu o zamówienie do treści specyfikacji, gdyż potencjalni wykonawcy już na etapie ogłoszenia o zamówieniu mają prawo wiedzieć czy udział w postępowaniu leży w ich możliwościach i czy będą chcieli uczestniczyć w postępowaniu o zamówienie, a poza tym może narażać wykonawców na niepotrzebne występowanie o przekazanie specyfikacji«.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o takie określenie treści opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, aby nie obejmował on odesłania do specyfikacji lecz precyzował roboty przez obiektywne opisy (np. PKWiU lub Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych bądź kategorii obiektów budowlanych wskazanych w Załączniku do Prawa budowlanego), przez wprowadzenie modyfikacji ogłoszenia i specyfikacji w następujący sposób:

przez wprowadzenie postanowienia, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej 1 zadanie o wartości brutto minimum 25.000.000 zł, polegającego wykonywaniu robót stanowiących budowę, przebudowę lub remont budowli hydrotechnicznej (zgodnych z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług nr 42.9

*POZOSTAŁE OBIEKTY INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ; ROBOTY OGÓLNOBUDOWLANE ZWIĄZANE Z BUDOWĄ POZOSTAŁYCH OBIEKTÓW INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ*, względnie odpowiadających im zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych lub załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

(iii) Zamawiający ograniczył uczciwą konkurencję przez sformułowanie, że przez roboty tego samego rodzaju rozumie jedynie wykonanie robót w zakresie prac dotyczących budowy lub remontu budowli hydrotechnicznych, nie dopuszczając tym samym do możliwości wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu robót w zakresie prac dotyczących przebudowy budowli hydrotechnicznych.

Doświadczenie dopuszczone przez zamawiającego, a polegające na wykonywaniu prac stanowiących budowę lub remont budowli hydrotechnicznych, powinno być interpretowane przez pryzmat pojęć zdefiniowanych w postanowieniach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Posłużenie się w przetargu, którego przedmiotem są roboty budowlane pojęciami „budowy” oraz remonty jednoznacznie wskazuje na kontekst sytuacyjny, w którym treść tych pojęć powinna być interpretowana zgodnie z Prawem budowlanym. Zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, z kolei wedle art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Tylko te dwa rodzaje robót budowlanych dopuścił zamawiający w treści oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponieważ pojęcia „budowy” i „remontu” mają treści znaczeniowe wyznaczone normatywnie, odróżniające je od innych form ingerencji w obiekt budowlanych opisanych w przepisach Prawa budowlanego niemożliwym jest wykazanie się przez wykonawców biorących udział w postępowaniu doświadczeniem płynącym z wykonywania robót budowlanych polegających na przebudowie budowli hydrotechnicznej. Jest to o tyle niezrozumiałe, że zakres robót wykonywanych przy przebudowie (w znaczeniu tego pojęcia nadanym postanowieniami art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego) jest zdecydowanie większy niż zakres robót wykonywanych przy remoncie, który jest już traktowany, jako wystarczający na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura,



powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Zestawiając powyższą definicję legalną przebudowy (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego), z definicją legalną remontu (art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego) jednoznacznie widać, że doświadczenie wynikające z przebudowy danego rodzaju obiektu budowlanego jest doświadczeniem dalej idącym niż doświadczenie wynikające z remontu takiego samego obiektu budowlanego. Remont to jedynie wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, gdy tymczasem przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Nie ma zatem żadnych podstaw aby ograniczać doświadczenie kwalifikowane do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie tylko do remontu i budowy budowli hydrotechnicznej, zaś nie uznawać doświadczenia polegającego na przebudowie budowli hydrotechnicznej.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o takie określenie treści opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, aby dopuszczał on także doświadczenie płynące z przebudów budowli hydrotechnicznych, przez wprowadzenie modyfikacji ogłoszenia i specyfikacji w następujący sposób: przez wprowadzenie postanowienia, żeby wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej 1 zadanie o wartości brutto minimum 25.000.000 zł, polegającego na wykonywaniu robót stanowiących budowę, przebudowę lub remont budowli hydrotechnicznej (zgodnych z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług nr 42.9 *POZOSTAŁE OBIEKTY INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ; ROBOTY OGÓLNOBUDOWLANE ZWIĄZANE Z BUDOWĄ POZOSTAŁYCH OBIEKTÓW INŻYNIERII LĄDOWEJ I WODNEJ*, względnie odpowiadających im zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych lub załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane).

**10.10.2011 r.** odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

**12.10.2011 r.** zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

**14.10.2011 r.** wykonawca **PBG S.A. z siedzibą w Przeźmierowie, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dokonania nieprecyzyjnego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawarty w sekcji III.2.3 drugi ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający stwierdził w specyfikacji, że przez roboty tego samego rodzaju rozumie jedynie wykonanie robót w zakresie prac dotyczących budowy lub remontu budowli hydrotechnicznych, nie dopuszczając tym samym do możliwości wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu robót w zakresie prac dotyczących przebudowy budowli hydrotechnicznych.

Podczas rozprawy zamawiający przyznał, że przebudowa jest robotą bardziej skomplikowaną niż remont, ale zamawiający świadomie zaniechał zamieszczenia tego rodzaju roboty w sekcji III.2.3 drugi ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu, gdyż – zgodnie z art. 3 punkt 7a Prawa budowlanego – przebudowa wiąże się ze zmianą funkcji użytkowej lub technicznej bez zmiany podstawowych wymiarów, a to w obiektach hydrotechnicznych nie

może wystąpić i w praktyce nie występuje i z tego względu w obiektach hydrotechnicznych nie istnieje pojęcie „przebudowa”.

Jednak odwołujący wskazał, że § 1 ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 86, poz. 579) występuje „przebudowa” dotycząca budowli hydrotechnicznych i skoro prawodawca uważa, że jest kategorią robót: przebudowa, to zamawiający również powinien to respektować. Przytaczany § 1 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia brzmi, cyt.: „Przepisy rozporządzenia stosuje się przy budowie i przebudowie budowli hydrotechnicznych”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że skoro przepisy prawne uwzględniają pojęcie przebudowa obiektów hydrotechnicznych, a zamawiający nie wyklucza ich wykazania, a tylko nie wie o prowadzeniu takich robót, to nie ma podstaw do wykluczenia możliwości wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu robót w zakresie prac dotyczących przebudowy budowli hydrotechnicznych. W związku z tym zamawiający powinien w ogłoszeniu dopuścić możliwość wykazania spełnienia warunku przez wykazanie wykonania przebudowy obiektów hydrotechnicznych.

Odwołujący zarzuca, że zamawiający bezpodstawnie preferuje dużych wykonawców, którzy są w stanie wykazać się wykonaniem robót na kwotę minimum 25.000.000 zł.

Zamawiający uzasadnił, że w skład przedmiotu zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu wchodzi jednocześnie trzy grupy robót i dlatego zamawiającemu może zależeć, aby wykonawca wykazali się wykonaniem tych trzech grup robót w jednym zadaniu. Natomiast wartość przekraczająca 60.000.000 zł (bez VAT) uzasadnia żądanie wykazania się przez wykonawców wykonaniem przedmiotu za cenę 25.000.000 zł (z VAT) i odwołujący nie dowiódł, że kwota ta nie jest proporcjonalna wartości do przedmiotu zamówienia.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że żądanie przez zamawiającego wykazania przez wykonawców robót za cenę 25.000.000 zł nie jest nieproporcjonalne w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i żądanie to nie narusza art. 22 ust. 4 Pzp.

Dalej odwołujący zarzuca, że zamawiający w sekcji III.2.3 drugi ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu zamieścił postanowienie, z którego wykonawcy mogą wysnuć różne wnioski co do sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podczas rozprawy zamawiający stwierdził, co będzie uważał za spełnienie warunku, ale nie można tego było niepodważalnie wywieść z rozpoznawanej sekcji III.2.3 drugi ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu.

Dlatego zamawiający powinien ujednoznaczyć to postanowienie, aby z jego treści wynikało, precyzyjnie, że zamawiający zamierza dopuścić do udziału w postępowaniu

wykonawcę, który wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia. Z postanowienia musi wynikać, że zamawiający żąda, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał roboty takiego samego rodzaju, jak roboty objęte przedmiotem zamówienia wykonując co najmniej 1 zadanie o wartości brutto minimum 25.000.000 zł w zakresie prac dotyczących budowy, przebudowy lub remontu budowli hydrotechnicznych. Ponadto wykonawca musi przedstawić, że w skład wykazanego zadania wchodziły jednocześnie:

- 1) roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej;
- 2) montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji oraz montaż konstrukcji metalowych;
- 3) budowa obiektów inżynierii wodnej.

Również w postanowieniu zamawiającego powinno się znaleźć stwierdzenie, że zamawiający będzie brać pod uwagę tylko wykazane przez wykonawców zadania, w których skład jednocześnie weszły wymagane trzy grupy robót, bez względu na proporcje tych grup robót między sobą.

Dodatkowo zamawiający może wprowadzić bliższe określenie poszczególnych grup robót, jednak zamawiający w takim dookreśleniu może posługiwać się znaczeniami zdefiniowanymi w samym ogłoszeniu lub w aktach normatywnych, np. w załączniku do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Zamawiający nie może w ogłoszeniu o zamówieniu odsyłać do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to z, w zasadzie, identycznego brzmienia uregulowania odnoszącego się nie tylko do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w przetargu nieograniczonym (art. 41 pkt 7 Pzp, jak w rozpoznawanym przypadku), ale także do postępowania w trybie przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp), w którym nie występuje specyfikacja na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przytaczana przez zamawiającego treść motywu 36 preambuły do dyrektywy klasycznej 2004/18/WE stanowi, że ogłoszenie ma informować wykonawców czy postępowanie jest dla nich interesujące. Jednak nie ma w tym miejscu doprecyzowania, co należy pod pojęciem »interesujące« rozumieć. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wskazują m.in., na czym to interesowanie dla wykonawcy ma polegać w zakresie warunków udziału w postępowaniu – art. 41 ust. 2 pkt 7 Pzp.

Wobec tego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dokonania nieprecyzyjnego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia – zasługuje na uwzględnienie. I dlatego skład orzekający Izby biorąc pod

uwagę, że postanowienia odnoszące się do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania w ogłoszeniu o zamówieniu (co wynika z art. 41 pkt 7 Pzp) i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp) muszą zawierać identyczną treść – nakazuje wprowadzenie wyżej omówionych doprecyzowań do treści ogłoszenia i specyfikacji.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w kwocie 4.739,28 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemset trzydzieści dziewięć złotych dwadzieścia osiem groszy) zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....