

Sygn. akt: KIO 2384/12

WYROK

z dnia 14 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2012 r. przez wykonawcę **J..... D.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Roboty Ziemne Koparką, J..... D.....i w Milejczycach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Nurzec w Nurcu Stacji**

przy udziale wykonawcy **Z..... W.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo – Usługowa Z..... W.....** w Ciechanowcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Z..... W.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo – Usługowa Z..... W.....** w Ciechanowcu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J..... D.....o**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Roboty Ziemne Koparką, J..... D.....** w Milejczycach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Z..... W.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo – Usługowa Z..... W.....** w Ciechanowcu na rzecz wykonawcy **J..... D.....**, prowadzącego

**działalność gospodarczą pod nazwą Roboty Ziemne Koparką, J.....
D..... w Milejczycach kwotę 13.567 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset sześćdziesięciu siedmiu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Nurzec w Nurcu Stacji prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa drogi w Leśnictwie Wilanowo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 października 2012 r., poz. 211325.

W dniu 23 października 2012 r. zamawiający przesłał w formie pisemnej wykonawcy J..... D....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Roboty Ziemi Koparką, J..... D..... w Milejczycach, zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Z..... W....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa Z..... W..... w Ciechanowcu, zwanego dalej „przystępującym”. Zamawiający poinformował także odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, jak również o zatrzymaniu wnieionego przez niego wadium.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, wobec czynności zatrzymania wadium wnieionego przez odwołującego, oraz alternatywnie – wobec zaniechania czynności unieważnienia postępowania - odwołujący wniósł w dniu 30 października 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty,
- 2) przepisu art. 46 ust 4a ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium wnieionego przez odwołującego

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, unieważnienia czynności zatrzymania wadium odwołującego, oraz - alternatywnie - nakazania zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wobec nieprecyzyjnego określenia przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny

spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, uniemożliwiającego ocenę złożonych ofert zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał postanowienie pkt 8.d SIWZ. Wywiódł, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie podał wartości zamówienia publicznego, tym samym uczestnicy postępowania nie posiadali wiedzy jaki jest próg graniczny dla uznania, czy są w stanie spełnić warunek udziału określony w SIWZ. Tym samym Odwołujący w dobrej wierze przedstawił wraz z ofertą dwie roboty odpowiadające swoim rodzajem o wartości odpowiednio 79.910,- zł brutto oraz 93.337, 32 zł brutto.

Podniósł ponadto, że w wezwaniu skierowanym przez zamawiającego do odwołującego z 18 października 2012 r., zamawiający dokonał zmiany warunków udziału po otwarciu ofert, poprzez wskazanie wartości robót, a ponadto użył nieprecyzyjnego sformułowania „około”. Argumentował, że na zamawiającym ciąży obowiązek precyzyjnego określenia opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i przywołał w tym zakresie orzeczenia Izby z dnia 9 lipca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 636/08 oraz 9 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 746/11.

Odwołujący zarzucił ponadto, że zamawiający uznał za wystarczające doświadczenie posiadane przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, którzy złożyli referencje potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych o wartości:

- 1) P.T.U „Anna”, M..... T.....: 488.072,-zł, 153.544,-zł i 159.972,-zł, 229.859,-zł,
- 2) Firma K....., Usługi Transportowe, J..... K..... w ofercie 194.064,73 zł, 196.656.09 zł oraz po uzupełnieniu: 82.165,78 zł, 236.086,-zł, 33.162,-zł, 58.218,-zł, 101.317,-zł.

Argumentował, że zaledwie jedne referencje spełniały „nowy warunek” zamawiającego tj. konieczność wykazania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych o wartości 443.000 zł brutto, a mimo to zamawiający nie wykluczył ww. wykonawców z udziału w postępowaniu, w przeciwieństwie do odwołującego. Uznał to za naruszenie przez zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego.

W świetle powyższego odwołujący nie widział podstaw do zastosowania się do wezwania zamawiającego z 18 października 2012 r., na co wskazał w piśmie skierowanym do zamawiającego z 22 października 2012 r. Pomimo to, zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu oraz zatrzymał wniesione przez niego wadium.

Zamawiający doręczył w dniu 13 listopada 2012 r. Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z 9 listopada 2012 r.), w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

W dniu 13 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy Z..... W....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa Z..... W..... w Ciechanowcu (przystępującego). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości (art. 186 ust. 4 i 5 ustawy Pzp).

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego i innych wykonawców, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Nie było bowiem sporne pomiędzy stronami, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, o wartości szacunkowej 360.000 zł, co stanowi równowartość 89.561,15 euro.

Analiza odwołania prowadziła do wniosku, że zostało ono skierowane wobec:

- 1) czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) czynności zamawiającego, polegającej na zatrzymaniu wadium wniesionego przez odwołującego,
- 3) oraz alternatywnie – wobec zaniechania czynności unieważnienia postępowania.

Tymczasem, stosownie do art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Literalna wykładnia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec czynności zamawiającego, polegającej na zatrzymaniu wadium, ani wobec zaniechania czynności unieważnienia postępowania. Odwołanie przysługiwało natomiast wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego udziału w postępowaniu.

Stosownie do przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w części, w jakiej skierowane było przeciwko czynności zatrzymania wadium oraz zaniechaniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że co do odwołania w części skierowanej przeciwko czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego była ofertą najtańszą spośród wszystkich złożonych ofert. Zarzucał on zamawiającemu niezasadne wykluczenie go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp wykluczył go z postępowania,

prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy drogi w Leśnictwie Wilanowo w Nadleśnictwie Nurzec o długości 3,2 km.

W pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zatytułowanym *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*, zamawiający zastrzegł, iż:

- 1) *O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:*
 - a) *spełniają wymogi art. 22 ust. 1 i nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i ust 2 ustawy „Prawo zamówień publicznych”,*
 - b) *udziela minimum 3 letniej gwarancji na wykonane prace,*
 - c) *są uprawnieni do występowania w obrocie prawnym, zgodnie z wymogami ustawowymi,*
 - d) *posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji w/w zadania*
- 2) *Ocena spełniania w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia — nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w formularzu oferty stanowiącym załącznik Nr 1 do SIWZ. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnił.*
- 3) *Nie spełnienie chociażby jednego z w/w warunków skutkować będzie wykluczeniem (...).*

W pkt 8 SIWZ zatytułowanym *Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* zamawiający wskazał, że *W celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny, oraz znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania tego zamówienia, złożona oferta musi zawierać następujące dokumenty i oświadczenia:*

- d) *wykaz wykonanych minimum 2 robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania*

oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Do upływu terminu składania ofert odwołujący nie wnioskował o wgląd do protokołu postępowania. Oferty w postępowaniu złożyło 7 wykonawców. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający ujawnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 442.800,00 zł brutto.

protokół postępowania, pkt 8.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 340.218,00 zł brutto. Złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych robót budowlanych. W wykazie tym wskazał na doświadczenie w wykonaniu następujących robót:

- 1) remont odcinka drogi gminnej nr 108745B Wierceń do drogi powiatowej nr 1769 Boćki, o wartości 93.337,32 zł brutto,
- 2) modernizacja drogi rolniczej we wsi Pokaniewo, gmina Milejczyce, nr geodezyjny 347, o wartości brutto 79.910,00 zł.

Do wykazu załączył referencje z 22.06.2012 r. wystawione przez zleceniodawców ww. robót, tj. Gminę Boćki i Wójta Gminy Milejczyce.

Oferta odwołującego

Pismem z dnia 18 października 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych minimum 2 robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający wskazał, że złożony przez odwołującego wraz z ofertą wykaz robót budowlanych wraz z referencjami dotyczy wykonania dwóch robót budowlanych o łącznej wartości 173.247,32 zł brutto, podczas gdy wartość robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia wynosi około 443.000,00 zł brutto, dlatego wartość robót budowlanych wykazanych w załącznikach do oferty winna wynosić około 886.000,00 zł brutto.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 22 października 2012 r. odwołujący doręczył zamawiającemu oświadczenie, w którym poinformował, że złożył ofertę

w dobrej wierze i zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Wskazał, że w SIWZ nie określono minimalnego progu wartości robót, jakimi należało się wykazać.

Zamawiający pismem z dnia 23 października 2012 r. wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, uzasadniając, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie uzupełnił on wymaganych dokumentów. Tym samym pismem wskazał, że nie podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu m.in. następujący wykonawcy:

- 1) P.T.U. A..... M..... T....., który złożył wraz z ofertą wykaz robót i referencje potwierdzające należyte wykonanie robót o wartości 488.072 zł, 153.544,00 zł, 159.972,32 zł, 229.859 zł,
- 2) Firma K..... – Usługi Transportowe – J..... K..... który złożył wraz z ofertą wykaz robót i referencje potwierdzające należyte wykonanie robót o wartości 194.064.73 zł i 196.656,09 zł

Następnie na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył referencje potwierdzające wykonanie robót o wartości 82.165,78 zł, 236.086,00 zł, 33.162,00 zł, 58.218,00 zł, 101.317,00 zł

- 3) E..... R....., R..... INC który nie złożył wraz z ofertą żadnych referencji, zaś wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył jedne referencje o wartości powyżej 1.000.000,00 zł. W treści wezwania kierowanego do tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajdowało się sformułowanie, iż wartość robót budowlanych wykazanych w załącznikach do oferty winna wynosić około 886.000,00 zł brutto, które znalazło się w wezwaniu kierowanym do odwołującego.

Pismo z 23 października 2012 r. o wynikach postępowania, dokumentacja postępowania, w aktach sprawy, oferta E..... R....., R..... INC okazana w oryginalnej dokumentacji w trakcie rozprawy

W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśniał, że za spełniające warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i za odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia uznawał dwie roboty budowlane o wartości ok. 50 % kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, tj. $443.000,00\text{zł} / 2 = 221.000,00\text{zł}$.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W ocenie Izby zasadnym okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z udziału w

postępowaniu, jak również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Na wstępie stanowczego podkreślenia wymagało, że zamawiający nie dokonał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie muszą posiadać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (art. 22 ust. 3 – 4 ustawy Pzp). Analiza treści SIWZ prowadziła do wniosku, że zamawiający nie odróżniał warunków udziału w postępowaniu od opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Warunki udziału w postępowaniu, określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter wyłącznie blankietowy i ogólny. Z uwagi na przedmiot postępowania, jego rodzaj, wartość, innowacyjność nie jest możliwym określenie przez ustawodawcę z góry jakie warunki udziału musi spełniać wykonawcy, aby na gruncie danego postępowania mógł być uznany za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Doprecyzowaniu ogólnych warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp służy instytucja opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków. Zamawiający może w ten sposób wskazać, jak na gruncie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia będzie rozumiał poszczególne warunki. Określenie opisu pozwala wykonawcy dokonać oceny, czy spełnia on warunki dookreślone przez zamawiającego i może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie dopiero *adaptacja przez zamawiającego tych warunków do potrzeb danego zamówienia i opis sposobu oceny ich spełniania nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.* (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że dokonywanie opisu tj. konkretyzacji warunku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie jest obowiązkiem zamawiającego. To on bowiem decyduje, czy w okolicznościach danej sprawy stawianie warunku jest niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Jeśli zaś opis nie zostanie dokonany, to zamawiający nie ma prawa domagać się dokumentów potwierdzających spełnienie nieopisanego warunku udziału w postępowaniu. Wszak z § 1 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) wynika w sposób jednoznaczny, że możliwość żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu istnieje tylko w stosunku do warunków, których opis został zamieszczony w SIWZ.

Pomimo zamieszczenia przez zamawiającego w SIWZ rozdziału 7 (opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków) nie obejmował on opisu żadnego warunku udziału w postępowaniu, a tym warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający ograniczył się do przywołania art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i powtórzenia ogólnej i blankietowej normy, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Co to jest – na gruncie analizowanego postępowania - odpowiednia wiedza i doświadczenie nie zostało jednak skonkretyzowane.

Podkreślenia wymaga również, że za opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie mogło być uznane postanowienie zamieszczone w pkt 8 lit. d SIWZ. Postanowienie to zostało zamieszczone w rozdziale SIWZ zatytułowanym „Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Zamawiający w przywołanym postanowieniu pkt 8.d SIWZ wymagał złożenia wykazu wykonanych minimum 2 robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W ocenie Izby nie można twierdzić, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikał z żądania złożenia określonego dokumentu. Jest wręcz przeciwnie. To opisanie warunku udziału w postępowaniu otwiera możliwość żądania dokumentu na jego potwierdzenie (por. przywołany wyżej § 1 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r.). Ponadto przepis art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w sposób wyraźny odróżnia 2 odrębne elementy jakie zawiera specyfikacja istotnych warunków zamówienia: warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Wreszcie inna jest funkcja obu elementów. Opis warunku określa przedmiot dowodzenia, cel w jakim dokument należy złożyć. Z kolei wymagany dokument to jedynie środek który ma służyć udowodnieniu. Konsekwencją zaniechania przez zamawiającego opisanie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia było to, że nie był uprawniony do wykluczenia jakiegokolwiek wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania spełnienia takiego warunku.

Izba uznała za nieadekwatne do stanu faktycznego orzeczenia Izby przywołane przez przystępującego z zgłoszeniu przystąpienia. Oba orzeczenia tj. wyroki Izby z 30.09.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 987/08 i z 12.11.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1219/08 dotyczyły stanów

faktycznych w których zamawiający dokonali opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, choć posłużyli się w opisach częściowo pojęciami nieostrymi.

Reasumując Izba stwierdziła, że zasadnym okazał się podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Przechodząc do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że również ten zarzut znajduje potwierdzenie w ustalonym w sprawie stanie faktycznym. Z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika jedna z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jaką jest reguła równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby dokonywana przez zamawiającego ocena złożonych mu przez poszczególnych wykonawców wykazów robót i referencji była niejednolita. Ponadto przyjęta przez zamawiającego interpretacja pojęcia „roboty odpowiadające swoim rodzajem wartością przedmiotowi zamówienia” ewoluowała w czasie. I tak:

- a) w pkt 8.d SIWZ wymagano złożenia wykazu dwóch robót odpowiadających swoją wartością przedmiotowi zamówienia,
- b) w wezwaniu kierowanym do odwołującego zamawiający wskazał, że „wartość robót budowlanych wykazanych w załącznikach do oferty winna wynosić około 886.000,00 zł brutto”,
- c) w wezwaniu kierowanym do wykonawcy E..... R..... nie znalazło się zastrzeżenie, iż „wartość robót budowlanych wykazanych w załącznikach do oferty winna wynosić około 886.000,00 zł brutto”,
- d) uznał za prawidłowe wykazanie przez wykonawcę E..... R..... doświadczenia w wykonaniu zaledwie jednej roboty budowlanej,
- e) zamawiający uznał za nieprawidłowe doświadczenie wykonawcy K....., który przedstawił pierwotnie wraz z ofertą dwie referencje: o wartości 194.064,73 zł i o wartości 196.656,09 zł i wezwał do uzupełnienia dokumentów,
- f) zamawiający uznał za prawidłowe doświadczenie wykonawcy K....., który po uzupełnieniu legitymował się dwoma referencjami o najwyższej wartości na poziomie 236.086 zł i 196.656,09 zł,
- g) w trakcie rozprawy w dniu 15 listopada 2012 r. oświadczył, że za spełniające warunek udziału w postępowaniu uznawał doświadczenie w wykonaniu dwóch robót budowlanych o wartości ok. połowy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (czyli tj. dwu razy po ok. 220.000 zł).

Jak wynika z przedstawionego zestawienia zamawiający nie traktował równo wykonawców. Kierował wezwania do uzupełniania dokumentów o odmiennej treści (wezwanie do odwołującego i wykonawcy R.....). Nie wiadomo dlaczego, w przypadku jednego z wykonawców, pomimo brzmienia pkt 8.d SIWZ, wystarczyło wykazać doświadczenie w wykonaniu jednej roboty budowlanej, zaś w przypadku innych należało legitymować się wykonaniem dwóch robót. Nie wiadomo dlaczego w przypadku wykonawcy Kaczanowskiego wystarczyło legitymowanie się wykonaniem dwóch robót o wartości ok. 45 % kwoty przeznaczonej do sfinansowania zamówienia czyli po ok. 195.000 zł każda, zaś w wezwaniu skierowanym do odwołującego była mowa o jednej robocie o wartości 886.000 zł, względnie dwóch po 443.000 zł. W ocenie Izby powyższe okoliczności faktyczne świadczyły o naruszeniu przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast zamawiający poprzez zaskarżoną czynność nie naruszył przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie zamawiający nie zawarł umowy, więc nie mógł naruszyć przywołanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu w wysokości 10.000,00 zł oraz uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.567,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy,

stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: