

**WYROK**

**z dnia 11 maja 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 roku przez wykonawcę **Ekosystem S.A., z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Kożuchowskiej 20c, 65-364 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krakowskiej 28, 50-425 Wrocław**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie.**

**Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp.j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krakowskiej 28, 50-425 Wrocław i:**

**2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ekosystem S.A., z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Kożuchowskiej 20c, 65-364 Zielona Góra tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza od **Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krakowskiej 28, 50-425 Wrocław** na rzecz **Ekosystem S.A., z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Kożuchowskiej 20c, 65-364 Zielona Góra 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu.

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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krakowskiej 28, 50-425 Wrocław** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Prace projektowe dla inwestycji pn.: „Budowa obejścia miejscowości Irządze i Luboszyce w ciągu drogi nr 323” w ramach zadania: „Drogi dojazdowe do mostu na Odrze w m. Ciechanów na odcinku Ciechanów – Góra” wraz z obwodnicą Góry oraz uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID)*, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 stycznia 2011 roku pod numerem 2011/S 17-026781.

19 kwietnia 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

29 kwietnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia lub wyjaśnienia oferty w zakresie dokumentów poświadczających spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie czynności Zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z wymogami SIWZ, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust 3, art. 26 ust. 3 i 4 art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) i wniósł o unieważnienie dokonanego wyboru, dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert

i powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty, obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie wiedzy i doświadczenia i potwierdzenie tego stosownymi dokumentami. Za spełniającego warunek posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający postanowił uznać wykonawcę, który wykonał w okresie ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert min. 3 dokumentacje projektowe (Projekt budowlany

i Projekt wykonawczy) w zakresie budowy i/lub przebudowy drogi klasy min. G i długości min.

3 km (każde wykazane zadanie) oraz załączył dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTODA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTODA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, przedstawili wykaz trzech zrealizowanych usług i dołączyli referencje wystawione przez zamawiających. Jedno z przedstawionych doświadczeń zaprezentowane jako poz. 2 w załączniku nr 6 do oferty (doświadczenie zawodowe), a dotyczące wykonania projektu budowlanego i wykonawczego przebudowy dróg wojewódzkich Nr 958 na odcinku od Rabki do Zakopanego i nr 959 Chochołów - Sucha Góra w zakresie drogi klasy G o długości 8,0 km nie znajduje potwierdzenia w załączonych do oferty referencjach, wystawionych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (referencje Nr DN-1/94/2008). Z referencji tych wynika, co prawda, że Pracownia Inżynierska „KLOTODA” wykonała projekt budowlany i wykonawczy przebudowy dróg 958 i 959, że są to drogi klasy G oraz, że łączna długość odcinków projektowanych dróg wynosi 8,1 km, ale jednocześnie podana jest w nich informacja o tym, że projekty przebudowy realizowane były w odcinkach (z których żaden nie miał minimalnej długości 3 km) oraz, że projekty te były realizowane w okresie od 8 października 2001 do 22 października 2008 r., który to okres znacznie wykracza poza okres ostatnich 3 lat, określony przez Zamawiającego w SIWZ i zgodny z Rozporządzeniem Prezesa Rady ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty mogą być składane. Z zakresu rzeczowego przedstawionego w referencjach nr DN-1/94/2008, wydanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie równocześnie wynika, że w zakres projektowanych dróg o

łącznej długości 8,1 km wliczone są m.in: budowa chodnika oraz zatok autobusowych przy drodze wojewódzkiej nr 958 od km 13+300 w DO KM 15+ 510 miejscowości Pieniążkowice, przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 958 z ul. Powstańców Śląskich w Zakopanem, przebudowa skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 958 z ul. 3 MAJA w Zakopanym, przebudowa mostu na potoku Domagalskim w km 32+877 drogi wojewódzkiej nr 958 w miejscowości Chochołów.

Przywołane powyżej odcinki są wyłącznie elementami drogi, a więc nie mogą być traktowane jako droga w rozumieniu ustawy z dnia 21.03.1985r o drogach publicznych ( Dz.U. 07.19.115). Zatem nie można uwzględniać ich długości w bilansie długości dróg klasy G, a co za tym idzie, nie mogą być one brane przez Zamawiającego pod uwagę, w ramach referencji przedstawionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Również pozostały zakres wyliczony w przywołanych referencji nr DN-1/94/2008, nie spełnia warunków udziału postępowaniu postawionych przez Zamawiającego, a mianowicie żaden z tych odcinków dróg nie posiada minimalnej oczekiwanej przez Zamawiającego długości 3 km. I tak: przebudowa drogi wojewódzkiej nr 958 w miejscowości Koniówka ( od km 27+800 do km 28+645) - długość 845 metrów; przebudowa drogi wojewódzkiej nr 958 w miejscowości Chochołów ( od km 32+145 do km 32+900 km) - długość 755 metrów; przebudowa drogi wojewódzkiej nr 958 w miejscowości Witów ( od km 32+880 do km 35+350 km) -długość 2,470km; przebudowa drogi wojewódzkiej nr 958 w miejscowości Krzeptów ( od km 46+950 do km 47+177 km) - długość 227 metrów; przebudowa drogi wojewódzkiej nr 959 od Chochołowa do przejścia granicznego - długość 1,1 km. ( źródło: Wikipedia).

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wskazał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie nie wykazali, że wykonali min. 3 dokumentacje projektowe (Projekt budowlany i Projekt wykonawczy) w zakresie budowy i/lub przebudowy drogi klasy min. G i długości min. 3 km (każde wykazane zadanie) oraz projekt drogi o długości min. 3 km został wykonany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - w tym przypadku projekt odcinka drogi o wymagalnej minimalnej długości 3 km musiałby być

opracowany w okresie od 22 marca 2008 (3-lata przed terminem składania ofert) do końca realizacji zadania, czyli 22 października 2008 r. (co wskazano w referencjach nr DN-1/94/2008). Tym samym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie nie udowodnili spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku udziału postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający na etapie oceny ofert, powinien był wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie i wiedzę w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. W razie wątpliwości natomiast powinien był, co najmniej wyjaśnić treść referencji DN-1/94/2008, aby potwierdzić że spełniają one warunki udziału w postępowaniu, postawione przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek pism, którymi Zamawiający wzywałby do wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonej oferty. Zamawiający w korespondencji, którą prowadził z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie ograniczył się wyłącznie do poprawienia w ofercie omyłek wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 12.04.2011r., na poprawę których pismem z dnia 13.04.2011r. Wykonawca wyraził zgodę.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 kwietnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego – informacje ze stron internetowych dotyczące otwarcia odcinków dróg wykazanych w kwestionowanej przez odwołującego referencji .

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w części IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków* Zamawiający w punkcie 2 – *Wiedza i doświadczenia* zawarła następujący opis dokonania oceny spełnienia tego warunku: *za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający uzna wykonanie w okresie ostatnich trzech lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert min. 3 dokumentacje projektowe (Projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie budowy i/lub przebudowy drogi klasy min. G i długości min. 3 km każde wykazane zadanie wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należyście lub są wykonywane należyście.*

Na wstępie Izba zaznacza, iż pomimo zmiany wynikającej z nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą z 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr

206, poz. 1591), która wprowadziła zobowiązanie po stronie Zamawiających dokonywania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków (art. 22 ust. 3 i 4 ustawy, art. 36 ust 1 pkt 5 ustawy, art. 41 pkt 7 ustawy), przy jednoczesnym stałym oznaczeniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust 1 ustawy), w części dotyczącej wymagań i obowiązku Zamawiającego dokonania jasnego i precyzyjnego dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków (wcześniej warunków udziału w postępowaniu) aktualność zachowuje dotychczasowe orzecznictwo i ugruntowana doktryna.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Między innymi weryfikacji takiej dokonuje na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego wraz z ofertą dokumentów żądanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których to ocena następuje w oparciu o ukształtowany i zamieszczony w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani poprzez zliberalizowanie zapisów zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ani poprzez interpretowanie tych zapisów ponad to co było zapisane. Działanie takie stanowi zmianę, swego rodzaju dopasowanie odpowiednio opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu do przedłożonych wraz z oferta dokumentów lub dopasowanie ukształtowanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków do faktycznych niedookreślonych wcześniej wymagań Zamawiającego. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca aby wypełnić treścią wymagania Zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08).

Dopasowywanie wymagań Zamawiającego na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 293/09 , KIO/UZP 294/09).



Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza powyżej wskazane zasady, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego, nieznaną wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywania oceny spełnienia warunków w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty. Takie działanie Zamawiającego narusza również niewyartykułowaną wprost lecz wynikającą z ustawy i dającą się skonkretyzować na podstawie jej zapisów zasadę prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Cel zostanie osiągnięty gdy zawarta umowa nie będzie podlegała unieważnieniu z uwagi na wypełnienie się przesłanek jej nieważności.

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oparł się na wymaganiach, które nie zostały dookreślone w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba ustalił, iż Zamawiający rozszerzył wymagania dokonując interpretacji ukształtowanej przez siebie regulacji w sposób rozszerzający w stosunku do brzmienia opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenił, iż zadanie, które wykazali wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie a wykazane przez nich w punkcie 2 wykazu *Doświadczenie zawodowe* potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Izby, nie jest właściwe oraz dopuszczalne. Zamawiający powołał się na własne rozumienie postawionych wymagań w zakresie wiedzy doświadczenia nie wynikające z jego treści lecz wskazujące na intencjonalność rozumienia wymagania, a to nie jest działanie dopuszczone. Należy wskazać, iż to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków a nie indywidualne interpretacja określa jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców.

Badanie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jakiego dokonał Zamawiający i weryfikacja spełnienia przez nich warunku wiedzy i doświadczenia nie zasługuje, w ocenie Izby, na uznanie, ponieważ:

Po pierwsze - postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż za spełnienie warunku *posiadania niezbędnego doświadczenia uzna wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert minimum trzy dokumentacje projektowe (projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie budowy i/lub przebudowy drogi klasy min. G i długości minimum 3 km każde wykazane zadanie wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie*. Izba uwzględniła argumentację Odwołującego, że zadaniem – na podstawie opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu – będzie wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie budowy lub / i przebudowy drogi o klasie minimum G i minimalnej długości 3 kilometry każde. Nie znajduje uzasadnienia argumentacja Zamawiającego podnoszona na rozprawie, iż zadanie o jakim mowa jest w opisie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należy rozumieć jako zadanie wskazane w tabeli „Doświadczenie zawodowe”, stanowiącej załącznik do SIWZ i ma jedynie znaczenie porządkowe. Sporządzony przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia wątpliwości co do sposobu jego rozumienia – i w żaden sposób nie wynika z niego, że wykonawca składający ofertę powinien wykazać się trzema zadaniami polegającymi na wykonaniu projektów (projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub / i przebudowy drogi o klasie minimum G, dla których długość dróg wynosi minimum 3 kilometry w obrębie jednego zadania i może w obrębie jednego zadania składać się z kilku wykonanych projektów – jak tego dowodził Zamawiający na rozprawie.

Po drugie – uwzględnivszy powyższe ustalenia, dokonawszy badania oświadczenia złożonego w dokumencie „Doświadczenie zawodowe” oraz załączonych do tego referencji nr DN-1/94/2008 uznać należy, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie nie wykazali, że wykonali minimum trzy dokumentacje projektowe (projekt

budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie budowy i/lub przebudowy drogi klasy minimum G i długości minimum 3 km oraz, że projekty te zostały wykonane w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Zadanie jakie zostało wskazane w punkcie 2 „Doświadczenia zawodowego” wraz z załączoną referencją nie potwierdza realizacji zadania zgodnie z tym, jak został sformułowany opis sposobu spełnienia warunku, ponieważ: realizacja zamówienia pod nazwą *Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego przebudowy dróg wojewódzkich nr 958 na odcinku od Rabki do Zakopanego i nr 959 Chochotów – Sucha Góra* odbywała się od roku 2001 do dnia 22 października 2008 roku i w tym czasie sporządzane były dokumentacje projektowe dla poszczególnych odcinków. Tym samym, ze złożonych dokumentów nie można wywieść czy któraś z dokumentacji, dla któregoś z odcinków zrealizowana została w czasookresie wymaganym przez Zamawiającego tj. w okresie trzech lat przed terminem 22 marca 2011 roku. Jednocześnie ze złożonych dokumentów wynika, że żadna z dokumentacji nie odpowiada drugiemu z wymagań Zamawiającego tj. kilometrarzowi, który został określony na minimum 3 kilometry. Żaden z odcinków, który został wskazany w referencji, nie spełnia wymogu minimum trzech kilometrów, zaś w treści referencji wynika, że łączna długość odcinków jakie były przedmiotem projektów wynosi około 8,1 km i taką właśnie informację podał we własnym oświadczeniu wykonawca. Potwierdził to również Zamawiający, bowiem przyjął on na rozprawie, że to suma poszczególnych odcinków gwarantowała spełnienie wymagania Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów z odwołania Izba wskazuje, że zgodnie art. 25 ust. 1 ustawy *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymaganych określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.* Dokumenty jakich może żądać Zamawiający zostały określone - zgodnie z delegacją art. 25 ust. 2 *Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym*

*przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną – w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie). Na podstawie § 1 pkt 1 ppkt 3 rozporządzenia W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 3) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W ocenie Izby istotnym jest również fakt, iż wykazanie przez wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia wymagań ukształtowanych przez Zamawiającego ma znaczenie dalekosiężne, bowiem stanowi kluczowy element wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Zamawiający zobowiązany do oceny dokumentów składanych przez wykonawców opiera się na przedstawionym materiale i nie może dokonywać badania tych dokumentów w oparciu dookreślany na etapie oceny ofert opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.*

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający zobowiązany był co najmniej do wyjaśnienia oferty. Jednakże w wyniku poczynionych ustaleń Izba nakazuje wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w trybie art. 26 ust 3 ustawy, - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe*

*pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert – do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.*

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wykazał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzył na etapie oceny ofert ukształtowany przez siebie opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dokonał niewłaściwej badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pracownia Inżynierska KLOTODA Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt Sp. j. z siedzibą w Krakowie (Lider) i Pracownia Inżynierska KLOTODA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami naruszało zasad zamówień publicznych zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

*wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)*

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....