

Sygn. akt: KIO 1551/10

**WYROK**  
**z dnia 4 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska**

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 lipca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą przy Placu Staszica 1, 64-920 Piła oraz Waldemara Piotrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” Waldemar Piotrowski z siedzibą przy ul. Kamiennej 40, 64-920 Piła**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Widuchowa z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 8, 74-120 Widuchowa**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w uwzględnieniu oferty odwołującego;**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Widuchowa z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 8, 74-120 Widuchowa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą przy Placu Staszica 1, 64-920 Piła**

**oraz Waldemara Piotrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” Waldemar Piotrowski z siedzibą przy ul. Kamiennej 40, 64-920 Piła oraz zasądza od Gminy Widuchowa z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 8, 74-120 Widuchowa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą przy Placu Staszica 1, 64-920 Piła oraz Waldemara Piotrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” Waldemar Piotrowski z siedzibą przy ul. Kamiennej 40, 64-920 Piła kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesie z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

.....

## **Uzasadnienie**

Gmina Widuchowa z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 8, 74-120 Widuchowa zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywin z przesylem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 21 czerwca 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych – nr ogłoszenia 175930-2010 w dniu 21 czerwca 2010 r.

W dniu 20 lipca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą przy Placu Staszica 1, 64-920 Piła oraz Waldemara Piotrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” Waldemar Piotrowski z siedzibą przy ul. Kamiennej 40, 64-920 Piła (dalej „odwołujący”) za pośrednictwem faksu m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „Eko-Wark” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kniewskiej 4, 70-846 Szczecin oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Dnia 23 lipca 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesowi Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu 22 lipca 2010 r. za pośrednictwem faksu (potwierdzenie otrzymania kopii odwołania przez zamawiającego załączone do odwołania).

Odwołanie zostało złożone wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty, której to czynności odwołujący zarzucił naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

W wyniku wskazanych powyżej naruszeń odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonania powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż zamawiający w pkt. 6.1.c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dalej w pkt. 7.6. siwz zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu 3 robót budowlanych w zakresie tożsamym lub zbliżonym do przedmiotu zamówienia o łącznej wartości 3 miliony złotych. Do wykazu należało dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te wykonane zostały prawidłowo.

Wskazał, iż w dniu 14 lipca 2010 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w odpowiedzi na co pismem z dnia 15 lipca 2010 r. odwołujący złożył wyjaśnienia jednocześnie przedstawiając dodatkowe dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Następnie zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2010 r. poinformował odwołującego m.in. o wykluczeniu go z postępowania, a tym samym odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną wskazano art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, natomiast jako podstawę faktyczną brak posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymaganej przez zamawiającego. Powyższymi działaniami zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał, iż spełnił wymagania stawiane przez zamawiającego odnośnie

niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Dodał, że nawet w przypadku dokonania przez zamawiającego negatywnej oceny złożonych na poparcie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia dokumentów złożonych przez odwołującego działanie zamawiającego polegające na wykluczeniu go z postępowania, a tym samym odrzucenie ich oferty jest niezgodne z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż przepis ten nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Pismem z dnia 28 lipca 2010 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i orzeczenie o kosztach postępowania stosownie do jego wyniku.

Na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2010 r. odwołujący oraz zamawiający potrzykali swoje stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności postanowienia siwz i ofertę odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak

przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Za podstawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu udzielenia zamówienia umowy na wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywini z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej.

W pkt. 3 siwz – „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in. budowę kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w m. Krzywini, budowę kanalizacji sanitarnej tłocznej w m. Krzywini z przesyłem do oczyszczalni w Widuchowej, wykonanie przecisków i przewiertów oraz robót rozbiórkowych i odtworzeniowych, a także przepompowni ścieków i zasilania elektroenergetycznego przepompowni ścieków. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony jest w przedmiarze robót, specyfikacjach technicznych i dokumentacji projektowej.

W pkt. 6.1. c) siwz zamawiający postanowił, iż o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dalej w pkt. 6.3. siwz poinformował, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana wg formuły „spełnia – nie spełnia”, w oparciu o dane zawarte w dokumentach i oświadczeniach (wymaganych przez zamawiającego i podanych w siwz) dołączonych do oferty. W wykazie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu, które należało dołączyć do oferty, zamawiający wymienił m.in. w pkt. 7.6. siwz wykaz robót budowlanych „w zakresie tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia, wykonanych w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Należy dołączyć wykaz, 3 robót o łącznej wartości 3 mln PLN brutto. Do wykazu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane

zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Analogiczne postanowienia zamawiający zawarł w ogłoszeniu – w pkt. III.3.2. opisując sposób dokonywania oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W pkt. 11.3. siwz zamawiający ustalił, iż najkorzystniejszą ofertą będzie oferta z najniższą ceną.

W postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców (pkt 5 druku ZP-2), w tym odwołujący oferując realizację zamówienia za cenę brutto 4 836 394,27 zł (k. 1 oferty). Do oferty załączony został wykaz (osiem pozycji) wykonanych robót budowlanych (k. 18 i 19 oferty) wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację (k.20-28 oferty). W wykazie zawarte m.in. zostały budowa myjni pojazdów w Stargardzie Szczecińskim o wartości 7 051 616,55 zł, budowa myjni pojazdów w Szczecinie – 7 125 570, 98 zł, budowa sieci wodociągowej w Bezzreczu ul. Górna - 82 960 zł, uzbrojenie podziemne działek – gmina Dobra, ul. Graniczna – 799 350 zł.

W wyniku analizy załączonych do oferty dokumentów zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2010 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wystąpił do odwołującego o wyjaśnienie treści wykazu zrealizowanych robót budowlanych załączonego do oferty wskazując, iż w przywołanym wykazie wymienione są dwie roboty „o charakterze tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia” tj.: budowa sieci wodociągowej w Bezzreczu ul. Górna oraz uzbrojenie podziemne działek – gmina Dobra, ul. Graniczna o łącznej wartości 882 310, 09 zł brutto. Dodał, iż pozostałe zrealizowane roboty wymienione w wykazie nie mogą być uznane „w całości” za tożsame lub „zbliżone z przedmiotem zamówienia”. *„Roboty te zawierają jedynie elementy, które mają charakter tożsamy lub zbliżony z przedmiotem zamówienia, jednakże z dokumentów dołączonych do oferty, nie można ustalić ich wartości. Proszę o dostarczenie wiarygodnych dokumentów, z których jednoznacznie będzie można określić wartość elementów robót wymienionych w wykazie załączonym do oferty, o charakterze tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia. Nie wyjaśnienie (...) powyższej kwestii, poskutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2”.*

Odwołujący udzielając pismem z dnia 15 lipca 2010 r. odpowiedzi wskazał wartości poszczególnych elementów zamówień podanych w wykazie zrealizowanych robót. Wyjaśnił, iż budowa myjni pojazdów w Stargardzie Szczecińskim (pozycja 1 wykazu) obejmuje roboty sanitarne związane z sieciami zewnętrznymi (w tym przyłącza kanalizacji sanitarnej, przyłącza kanalizacji deszczowej, przyłącze wodociągowe, remont nawierzchni, przyłącze do sieci ciepłej) o wartości 1 264 775, 43 zł. Natomiast wskazane w pozycji 2 wykazu

roboty sanitarne związane z sieciami zewnętrznymi myjni pojazdów w Szczecinie (w tym przyłącza kanalizacji sanitarnej, przyłącza kanalizacji deszczowej, przyłącze wodociągowe, remont nawierzchni, przyłącze do sieci ciepłej) opiewały na wartość 1 089 326,84 zł.

Ponadto wskazał cztery dodatkowe pozycje nie ujęte w pierwotnie załączonym do oferty oświadczeniu o wykonanych zamówieniach w tym budowę sieci kanalizacyjnej i wodociągowej dla lewobrzeżnej części Szczecina, odcinek 1.2 Osiedle Gumieńce, ul. Kruszwicka wraz z sięgaczami o wartości 1 436 503, 64 zł. oraz załączył dokumenty na potwierdzenie należytej realizacji tego zamówienia, a także uzupełniony wykaz wykonanych robót budowlanych.

Uwzględniając powyższe w dniu 20 lipca 2010 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił odwołującego m.in. o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „Eko-Wark” sp. z o.o. (cena ofertowa brutto 5 398 481,91 zł). W uzasadnieniu faktycznym wskazał, iż *„Po złożeniu przez oferenta wyjaśnień i uzupełnień dokumentów dotyczących wykazu robót budowlanych w zakresie tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia, w dalszym ciągu brakuje dokumentów potwierdzających wykonanie 3 robót o łącznej wartości 3 mln PLN brutto w zakresie tożsamym (budowa sieci kanalizacji sanitarnej) lub zbliżonej do przedmiotu zamówienia (budowa sieci kanalizacji deszczowej lub sieci wodociągowej). Zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo „tożsamy” znaczy „niczym się nieróżniący”, „taki sam”, natomiast słowo „zbliżony” rozumie się jako „podobny do czegoś”. Wykonanie przyłącza nie jest zbliżone z budową sieci, stanowi jedynie element budowy sieci. W związku z powyższym nie został spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia”.*

Z przywołaną argumentacją nie zgodził się odwołujący dowodząc w odwołaniu bezprawności działań zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

#### **W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby spór pomiędzy zamawiającym a odwołującym toczy się na dwóch płaszczyznach – po pierwsze dotyczy rozumienia opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu związanego z wiedzą i doświadczeniem (wykonawcy zobowiązani



byli wykazać, iż wykonali co najmniej 3 roboty budowlane „w zakresie tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia” o łącznej wartości 3 mln PLN brutto). Po drugie – strony odmiennie oceniają pismo zamawiającego z dnia 14 lipca 2010 r. – zamawiający twierdził, iż stanowiło ono wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, natomiast odwołujący wskazywał, iż nie może być za takowe uznane, w konsekwencji czego, nawet jeśli pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i wiedzy, odwołujący powinien zostać wezwany do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż przedmiot zamówienia obejmuje m.in. budowę kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w m. Krzywín, budowę kanalizacji sanitarnej tłocznej w m. Krzywín z przesyłem do oczyszczalni w Widuchowej, wykonanie przecisków i przewiertów oraz robót rozbiórkowych i odtworzeniowych, a także przepompowni ścieków i zasilania elektroenergetycznego przepompowni ścieków (pkt 3 siwz).

Zamawiający nie sprecyzował w siwz oraz ogłoszeniu opisując sposób oceny warunków udziału w postępowaniu, co należy rozumieć przez roboty budowlane tożsame lub zbliżone do przedmiotu zamówienia, który stanowi budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z szeregiem robót towarzyszących, w tym ogólnobudowlanych. Bezspornym jest, iż przyłącze jest elementem sieci kanalizacyjnej czy wodociągowej. Zamawiający nie określił czy charakter zbliżony do przedmiotu zamówienia odnosi się do budowy sieci (jakiegokolwiek w tym ciepłowniczej czy tylko niektórych rodzajów sieci), czy podobieństwo ma wyrażać się w zbieżności przesyłanych siecią, ale także w konsekwencji przyłączami, substancji – woda (deszczowa, przeznaczona do konsumpcji), ścieki itp. Zatem postanowienia siwz oraz ogłoszenia zawierają określenia nieostre, na podstawie których zamawiający dokonał oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie określił, jak należy rozumieć roboty „tożsame” lub „zbliżone” do przedmiotu zamówienia, tak aby można było porównać je z przedmiotem zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż wykonawcy przygotowując ofertę muszą dysponować jednoznaczną informacją, co do warunków określonych przez zamawiającego, tak aby móc wykazać zamawiającemu, że spełnia dany warunek. Jeżeli zamawiający dokonując opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu posługuje się terminami nieprecyzyjnymi, rodzi to ryzyko różnej interpretacji przez uczestników postępowania, co miało miejsce również w przedmiotowej sprawie, gdyż zamawiający nie określił, jakie zamówienie będzie uznane za „zbliżone” do przedmiotu zamówienia. Przyjąć zdaniem Izby w tym stanie rzeczy

należy, iż zamawiający pozostawił w tym zakresie dowolność wykonawcom. Zważywszy, iż odwołujący nie miał wątpliwości, co do rozumienia postanowień siwz i ogłoszenia - wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie miał obowiązku zwracać się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz na podstawie art. 38 Pzp.

Jak przyznał zamawiający w piśmie z dnia 20 lipca 2010 r., co następnie potwierdził w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, wykonanie przyłącza stanowi jedynie element budowy sieci, nie jest natomiast „zbliżone z budową sieci”. W piśmie tym wyjaśnił także, iż przez roboty tożsame z przedmiotem zamówienia należy uznać budowę sieci kanalizacji sanitarnej, a zbliżone - budowę sieci kanalizacji deszczowej lub sieci wodociągowej. W celu uzasadnienia swojego poglądu przywołał słownikową definicję słowa „zbliżony” jako „podobny do czegoś”.

W świetle powyższego Izba zwraca uwagę, iż skoro zamawiający rozumiał pojęcie robót zbliżonych do przedmiotu zamówienia – jako budowę sieci kanalizacji deszczowej lub sieci wodociągowej - niejasne wydaje się zawarte w piśmie z dnia 14 lipca 2010 r. żądanie, aby odwołujący podał „wartość elementów robót wymienionych w wykazie załączonym do oferty, o charakterze tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia”. Skoro bowiem wykonanie „elementów tożsamych” lub „zbliżonych” do przedmiotu zamówienia (przyłączy) nie było wystarczające dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, budzi wątpliwości w jakim celu zamawiający wymagał podania ich wartości. Zestawienie treści pism zamawiającego z dnia 14 lipca 2010 r. i 20 lipca 2010 r. może wskazywać na ewolucję znaczenia nadanego przez zamawiającego opisowi sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia, co z pewnością nie daje się pogodzić z zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Izba wyraża pogląd, iż niedopuszczalne jest dokonywanie arbitralnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co uchybia zasadzie przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności, czy posiadane przez nich doświadczenie zostanie uznane przez zamawiającego za porównywalne co do zbieżności z przedmiotem zamówienia. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach.

Wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozpatrzone na jego korzyść. W ocenie Izby m.in. roboty

wskazane w pozycji 1 wykazu wykonanych zamówień załączonym do oferty w części dotyczącej prac sanitarnych związanych z sieciami zewnętrznymi o wartości 1 264 775,43 zł oraz w pozycji 2 wykazu w zakresie obejmującym roboty sanitarne związane z sieciami zewnętrznymi 1 089 326,84 zł, uwzględniając wyjaśnienia odwołującego z dnia 15 lipca 2010 r. oraz dokumenty potwierdzające należyłą realizację zamówień, można zakwalifikować w okolicznościach niniejszej sprawy do robót „zbliżonych” do przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie, co przyznał także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ma charakter zbliżony lub tożsamy także wskazane dodatkowo w piśmie z dnia 15 lipca 2010 r. zamówienie obejmujące budowę sieci kanalizacyjnej i wodociągowej dla lewobrzeżnej części Szczecina, odcinek 1.2 Osiedle Gumieńce, ul. Kruszwicka wraz z sięgaczami o wartości 1 436 503, 64 zł. Wartość powyższych trzech zamówień przewyższa 3 mln zł, zatem potwierdza spełnianie warunku doświadczenia i wiedzy, którego sposób oceny opisał zamawiający w siwz i ogłoszeniu. Tym samym zamawiający dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odnosząc się do treści pisma zamawiającego z dnia 14 lipca 2010 r. Izba wyraża opinię, iż niewątpliwie stanowi ono wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, o którym stanowi przepis art. 26 ust. 4 Pzp. Podkreślić należy, iż na powyższą ocenę pozostaje bez wpływu podstawa prawna wskazana przez zamawiającego na wstępie analizowanego pisma (art. 87 ust. 1 Pzp dotyczący wyjaśnienia treści oferty). Znaczenie pierwszorzędne przyznać trzeba treści dokumentu, z którego wprost wynika, iż zamawiający wnosi o wyjaśnienie treści wykazu zrealizowanych robót budowlanych załączonego do oferty wskazując, iż wymienione są w nim dwie roboty „o charakterze tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia” tj.: budowa sieci wodociągowej w Bezrzeczu ul. Górna oraz uzbrojenie podziemne działek – gmina Dobra, ul. Graniczna o łącznej wartości 882 310, 09 zł brutto. Zamawiający sprecyzował, iż pozostałe roboty wymienione w wykazie nie mogą być uznane „w całości” za tożsame lub „zbliżone z przedmiotem zamówienia”. *„Roboty te zawierają jedynie elementy, które mają charakter tożsamy lub zbliżony z przedmiotem zamówienia, jednakże z dokumentów dołączonych do oferty, nie można ustalić ich wartości”.*

Jak wynika z przywołanego stanowiska zamawiającego zakres żądanych wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień, na co wskazuje fragment „*Proszę o dostarczenie wiarygodnych dokumentów, z których jednoznacznie będzie można określić wartość elementów robót wymienionych w wykazie załączonym do oferty, o charakterze tożsamym lub zbliżonym*”

*z przedmiotem zamówienia. Nie wyjaśnienie (...) powyższej kwestii, skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2*", ograniczony był do podania wartości elementów robót o charakterze tożsamym lub zbliżonym do przedmiotu zamówienia wymienionych w wykazie zrealizowanych zamówień. Błędne wskazanie konsekwencji (odrzucenie oferty) nie wyjaśnienia zgłoszonych przez zamawiającego wątpliwości pozostaje bez wpływu na skuteczność wystąpienia zamawiającego w tym zakresie. Zasadniczo więc Izba wskazuje, iż pismo z dnia 14 lipca 2010 r. stanowiło wezwanie do wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów w zakresie dotyczącym „*określenia wartości elementów robót wymienionych w wykazie załączonym do oferty, o charakterze tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia*”. Izba za chybione uważa stanowisko zamawiającego, który na rozprawie dowodził, iż pismo z dnia 14 lipca 2001 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia dokumentów (wykazu zrealizowanych zamówień oraz dokumentów potwierdzających, że wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone).

Zamawiający – jak trafnie zauważył odwołujący na rozprawie – kierując do wykonawcy wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego uważa załączone do oferty dokumenty za wadliwe oraz określić zakres uzupełnienia. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający ocenił, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia powinien wezwać go do uzupełnienia dokumentów precyzując na czym polega błąd w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Izba nie ma wątpliwości podzielając stanowisko odwołującego wyrażone na rozprawie, iż w piśmie z dnia 14 lipca 2010 r. zakresem zainteresowania zamawiającego była objęta wyłącznie „*wartość elementów robót wymienionych w wykazie załączonym do oferty, o charakterze tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia*”. Zgodzić się także należy z odwołującym, iż wezwanie do uzupełnienia w okolicznościach niniejszej sprawy nie naruszałoby zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż reguła ta ogranicza możliwość wielokrotnego wzywania do uzupełnienia tych samych dokumentów w takim samym zakresie. Na gruncie analizowanej sprawy nieprawidłowe postępowanie zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Odwołujący wykazał spełnienie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w oparciu o pierwotnie załączony do oferty wykaz zrealizowanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych w dniu 15 lipca 2010 r. oraz biorąc pod uwagę zamówienie obejmujące budowę sieci kanalizacyjnej i wodociągowej dla lewobrzeżnej części

Szczecina, odcinek 1.2 Osiedle Gumieńce, ul. Kruszwicka wraz z sięgaczami, o które uzupełnił wykaz zrealizowanych robót przywołanym pismem.

Izba podkreśla, iż odwołujący, mimo że z pisma z dnia 14 lipca 2010 r. nie wynikało wezwanie do przedłożenia dokumentów w zakresie innym niż obejmujący wartość elementów tożsamyh lub zbliżonyh do przedmiotu zamówienia, był uprawniony do przedstawienia zamawiającemu dokumentu potwierdzającego realizację dodatkowyh robót budowlanyh. Należy bowiem wyrazić pogląd, iż adresatem normy wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp jest zamawiający, którego ustawodawca zobowiązuje do wskazanyh w nim okolicznościach do wezwania wykonawców, aby uzupełnili określone dokumenty. Przepis ten ma więc charakter gwarancyjny dla wykonawców, którzy zawsze w określonyh okolicznościach powinni zostać na równyh zasadach, z zachowaniem uczciwej konkurencji wezwani do przedłożenia stosownyh dokumentów. Natomiast wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 Pzp, uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów. Biorąc pod uwagę wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 162/10), uprawnione jest stwierdzenie, że nawet w toku postępowania odwoławczego wykonawca może - mimo braku wezwania przez zamawiającego – przedłożyć właściwy dokument podmiotowy, gdy konsekwencją uwzględnienia odwołania byłoby nakazanie zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jak trafnie stwierdził Sąd uzupełnienie dokumentu w postępowaniu odwoławczym oznacza, iż zbędne jest ponowne wzywanie do złożenia tego dokumentu, gdyż uchybienie wykonawcy (nie załączenie dokument do oferty) nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, bowiem potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zatem został bezzasadnie wykluczony z postępowania. W konsekwencji zamawiający nie był zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowyh w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, niemniej jednak podkreślić trzeba, że gdyby dotychczas przedłożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdziły spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu

dotyczącego wiedzy i doświadczenia należałoby go w stanie faktycznym rozpoznawanego przez Izbę odwołania wezwać do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 oraz 2 b) 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....