

Sygn. akt KIO 916/10

WYROK
z dnia 9 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Szymona Racis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Specjalistyczny Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 62, 16-400 Suwałki** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „RAPID” Sp. z o.o., EKO Energia P. Szutkiewicz Sp. J., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Specjalistyczny Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 62, 16-400 Suwałki.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Szymona Racis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 62, 16-400 Suwałki** na rzecz **Szymona Racis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 **Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Specjalistyczny Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Suwałkach, ul. Szpitalna 62, 16-400 Suwałki - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), na wykonanie robót budowlanych pn. „Termomodernizacja budynku Specjalistycznego Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Suwałkach”. Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 79393 - 2010 zostało zamieszczone dnia 8 kwietnia 2010 r. Wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana na kwotę mniejszą niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołującym w niniejszej sprawie jest Szymon Racis prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki.

W dniu 17 maja 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty obejmująca również zawiadomienie o odrzuceniu oferty została doręczona pismem z dnia 12 maja 2010 r. (doręczenie w dniu 13 maja 2010 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 17 maja 2010 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiada i jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę: konsorcjum PPUH RAPID Sp. z o. o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska i Eko Energia Sp. J., ul. Branickiego 23, 15-206 Białystok,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że w opracowanej do postępowania SIWZ Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają między innymi warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (rozdział V - warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 1 ppkt 2 SIWZ). W pkt 7 tego rozdziału Zamawiający zaznaczył, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana będzie w oparciu o dokumenty złożone przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu metodą warunku granicznego - spełnia/nie spełnia, a w pkt 3 ww. rozdziału ustalił, że wykonawcy, którzy nie wykażą spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podlegać będą wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W rozdziale VI SIWZ - wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ustalił, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1) do 3) ustawy Pzp, należy złożyć między innymi dokument w postaci wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (co najmniej dwóch) licząc od dnia złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - litera C.2).

Ponadto Zamawiający w załączniku nr 14 do SIWZ - specyfikacja wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych określił, że wykonawca winien złożyć wykaz urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia, w tym kolektory słoneczne, których może potwierdzić poprawną pracę w trzech instalacjach o powierzchni łącznej 750 m² przez co najmniej dwa lata zlokalizowanej na terenie Polski (z podaniem miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście - listy referencyjne lub inne dokumenty stwierdzające należyte wykonanie robót instalacyjnych i poprawną pracę instalacji solarnej). Zamawiający, ustalając treść tego załącznika, nie określił, czy jest to warunek udziału w postępowaniu w zakresie

konieczności posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia uprawniających do ubiegania się o udzielenie zamówienia, czy też wymóg w zakresie przedmiotu zamówienia, a może, zgodnie z brzmieniem tego zapisu, sposób dokonywania oceny spełnienia warunku określonego w rozdziale V SIWZ pkt 1 ppkt 3, tj. konieczności dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym. Odwołujący podnosił, że treść cytowanego wyżej zapisu z załącznika nr 14 do SIWZ, pomimo, że używa określenia „wykaz urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca na potrzeby wykonania zamówienia”, wskazuje jednak, że Zamawiający ustala dodatkowy warunek w zakresie konieczności posiadania przez wykonawcę niezbędnej do wykonania zamówienia wiedzy i doświadczenia w postaci wykazania wykonania 3 instalacji solarnych o łącznej powierzchni 750 m², gdyż Zamawiający dodatkowo wskazuje konieczność załączenia listów referencyjnych lub innych dokumentów stwierdzających należyte wykonanie robót instalacyjnych. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia zamawiający może żądać wyłącznie dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu 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 rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że jakiegokolwiek inne żądania Zamawiającego w zakresie dokumentowania przez wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia, wykraczające poza postanowienia rozporządzenia w sprawie dokumentów są niezgodne z ustawą Pzp i nie korzystają z ochrony prawnej, gdyż stanowią nadużycie prawa podmiotowego na podstawie art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał ponadto, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów, na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym potrzebnym do wykonania zamówienia Zamawiający może żądać jedynie wykazu narzędzi, wyposażenia i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Oznacza to, że jakiegokolwiek inne żądania zamawiającego w zakresie dokumentowania przez wykonawców dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym potrzebnym do wykonania zamówienia, wykraczające poza postanowienia rozporządzenia są niezgodne z ustawą i nie korzystają z ochrony prawnej, gdyż stanowią nadużycie prawa

podmiotowego na podstawie art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający, wykonując czynność odrzucenia jego oferty i uzasadniając to odrzucenie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp oraz podając w uzasadnieniu faktycznym za podstawę swego działania fakt, że Odwołujący pomimo wezwania (wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia na dzień składania ofert, gdyż referencje Spółdzielni Mieszkaniowej w Piszcu zostały wystawione w dniu 4 maja 2010 r., a nie jak wymagano przed dniem 23 kwietnia 2010 r. oraz podają nieprawdziwą informację o wykonaniu instalacji solarnej, wskazując okres od 07.2010 r. do 09.2010 r. Ponadto referencje nie wykazują, że instalacja działa poprawnie co najmniej dwa lata. Z kolei referencje wystawione przez Emilię i Mariusza P. z dnia 23 marca 2010 r. nie zawierają powierzchni wykonanej instalacji solarnej oraz informacji o terminie wykonania zamówienia, jak również nie wykazują, że instalacja działa poprawnie co najmniej dwa lata. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż w jego opinii nie zachodzi przesłanka określona tym przepisem uprawniająca Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący argumentował, że skoro w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie spełnił warunków w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia oraz nie dysponował potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia, powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który podał Zamawiający w uzasadnieniu prawnym swojej decyzji, nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu. Błędne podanie podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego w odniesieniu do podanego przez Zamawiającego faktycznego uzasadnienia tej czynności, stanowi naruszenie ustawy Pzp zarówno w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2, jak i art. 24 ust. 1 pkt 4 (*tak w odwołaniu*).

Ponadto Odwołujący podnosił, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawiera zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazujące, że Zamawiający ma obowiązek poprawić inne oczywiste omyłki (*tak w odwołaniu*) polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego trzeba zatem przyjąć, że referencja wystawiona przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Piszcu, która wskazuje datę od 07.2010 r. do 09.2010 r. jako datę wykonania przez Zakład Instalacyjno - Budowlany „DARIO” Dariusz Krasicki ul. Gałczyńskiego 7/37, 12-200 Pisz, instalacji solarnej o powierzchni 70 m², jest inną oczywistą omyłką niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wskazywał, że podana data dotyczy roku 2009 r., a Zamawiający mógł uzyskać od Spółdzielni Mieszkaniowej w Piszcu informację o faktycznej dacie wykonania zamówienia. Nie powinien zatem przyjmować, jak uczynił to w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, że

podana informacja jest nieprawdziwa. Odwołujący podnosił nadto, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mówiący o obowiązku zamawiającego wzywania wykonawców do uzupełniania dokumentów i oświadczeń lub składania nowych dokumentów i oświadczeń w przypadku braku dokumentów czy oświadczeń lub złożeniu dokumentów czy oświadczeń wadliwych dotyczy konieczności potwierdzania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych w SIWZ w dacie składania ofert, a nie o dacie wystawienia tych dokumentów. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że referencja wystawiona przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Piszcu z dnia 4 maja 2010 r., po poprawieniu innej oczywistej omyłki w zakresie daty wykonania instalacji solarnej, potwierdzała spełnienie warunku na dzień składania ofert, tj. 23 kwietnia 2010 r., pomimo, że została wystawiona z datą 4 maja 2010 r., gdyż w dacie 23 kwietnia 2010 r. warunek określony w załączniku nr 14 do SIWZ był spełniony. Odwołujący argumentował, że z kolei referencja z dnia 23 marca 2010 r. wystawiona przez Emilię i Mariusza P. z Pizy o zamontowaniu przez Zakład Instalacyjno - Budowlany „DARIO” Dariusz Krasicki ul. Gałczyńskiego 7/37, 12-200 Pisz, kolektora słonecznego na budynku mieszkalnym w Wągliku, gmina Pisz, pomimo nieokreślenia daty wykonania tej instalacji, jest prawidłowa, gdyż Zamawiający w załączniku nr 14 do SIWZ nie żądał, aby referencje zawierały datę wykonania instalacji. Podnosił, iż za nietrafiony należy również uznać zarzut, że referencje te są nieprawidłowe, tj. nie odpowiadają treści SIWZ, z powodu braku określenia powierzchni zamontowanego kolektora, gdyż Zamawiający nie żądał, aby każda referencja określała powierzchnię kolektora, natomiast żądał, aby cała powierzchnia wszystkich kolektorów wynosiła 750 m². Referencja ta wskazuje liczbę kolektorów (3 kolektory próżniowe), a pozostałe referencje dają łączną powierzchnię ponad 750 m². W ocenie Odwołującego oczywistym jest również, że skoro wystawiający referencje PRIBO- EPB Sp. z o. o. z siedzibą w Ełku (data wystawienia 22 kwietnia 2010 r.) potwierdza, że Zakład Instalacyjno - Budowlany „DARIO” Dariusz Krasicki ul. Gałczyńskiego 7/37, 12-200 Pisz, wykonał instalację kolektora o powierzchni 980 m² w budynku Szpitala „PRO - MEDICA” w Ełku z należytą starannością, zgodnie z dokumentacją techniczną i warunkami technicznymi oraz odbioru robót, jak również poleca tegoż wykonawcę jako rzetelnego i uczciwego, charakteryzującego się dobrą organizacją pracy, dbałością i rzetelnością, to w tej ocenie niewątpliwie mieści się kwestia poprawnego działania zamontowanej instalacji. To samo dotyczy pozostałych referencji. Skoro zarówno Spółdzielnia Mieszkaniowa w Piszcu, jak i Emilia i Mariusz P. z Pizy również potwierdzają wykonanie instalacji solarnych zgodnie z ustaleniami, dokumentacją techniczną, obowiązującą technologią, bezusterkowo oraz zgodnie ze sztuką budowlaną, to w określeniach tych mieści się niewątpliwie sprawa poprawnego działania tej instalacji. Odwołujący wskazywał, że brak w referencjach identycznego określenia ze sformułowaniami załącznika nr 14 SIWZ nie powoduje, że

referencje te nie potwierdzają postawionego warunku. Reasumując, Odwołujący wskazywał, że gdyby zainstalowane kolektory działały niepoprawnie, żaden z wymienionych wyżej podmiotów nie wystawiłby referencji zawierających przytoczone określenia.

Odwołujący podnosił, że skoro wszystkie określone w referencjach: Emilii i Mariusza P. z Pisza, PRIBO- EPB Sp. z o. o. z siedzibą w Ełku i Spółdzielni Mieszkaniowej w Pieszku, instalacje solarne działają krócej niż okres 2 lat, wykonawca złożył referencje z rzeczywistego okresu ich wykonania i działania. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie był uprawniony do określania czasookresu działania instalacji solarnych, gdyż stanowi to naruszenie rozporządzenia w sprawie dokumentów. Stanowi to nadużycie prawa podmiotowego i jest naruszeniem art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczał, że wybór najkorzystniejszej oferty jest uzależniony nie od dostarczenia przez wykonawców dokumentów brzmiących identycznie jak zapisy SIWZ, a od spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w ustawie Pzp i SIWZ. Skoro Zamawiający w całym uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego powoływał się wyłącznie na przesłanki dotyczące niespełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie konieczności posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia, a w konkluzji odrzucenia oferty wyraźnie wskazał, że Odwołujący nie spełnił wymogu doświadczenia w instalacjach solarnych (*w odwołaniu omyłkowo „sanitarnych”*), to nie może wykonać czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp to na nim ciąży obowiązek udowodnienia i wykazania, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podnosił, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zawiera ani jednego dowodu lub faktu wykazującego, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ i podlega w związku z tym odrzuceniu.

W dniu 19 maja 2010 r. na podstawie wezwania z dnia 17 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił PPUH RAPID Sp. z o. o., reprezentujący konsorcjum: PPUH RAPID Sp. z o. o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska i Eko Energia Sp. J. ul. Branickiego 23, 15-206 Białystok (zwany dalej „Przystępującym”). Przyłączając się do postępowania po stronie Zamawiającego, wskazywał, że Zamawiający w żaden sposób nie naruszył warunków ustawy Pzp, jak to sugeruje Odwołujący, a jedynie dokonał wyboru oferty złożonej w postępowaniu spełniającej wymogi SIWZ zgodnie z ustawą Pzp. Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie może po wyborze najkorzystniejszej oferty powoływać się na złe zapisy w SIWZ dotyczące wiedzy i doświadczenia, jakimi powinni się wykazać wykonawcy celem udziału w powyższym postępowaniu. Zarzuty wobec zapisów SIWZ wykonawca powinien podnosić na etapie przygotowania oferty, po ukazaniu się

ogłoszenia, do czego miał prawo zgodnie z ustawą Pzp. Zdaniem Przystępującego, jeśli przyjął te warunki bez wcześniejszych zastrzeżeń, nie ma prawa teraz ich podważania i argumenty podnoszone w chwili obecnej przez Odwołującego, iż nie powinno być wymogu wykazania działających instalacji przez dwa lata, są obecnie bezpodstawne i nie mogą być argumentem do wnoszenia odwołania na tym etapie postępowania.

Uwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego, dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a także oświadczenia stron, w tym pismo Zamawiającego z dnia 19 maja 2010 r. zawierające odpowiedź na odwołanie wraz z opinią n/t zasadności odwołania sporządzoną dnia 17 maja 2010 r. przez mgr inż. Andrzeja Urbanowicza, złożone na rozprawie oraz oświadczenia uczestnika postępowania przedstawione w toku sprawy, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 8 kwietnia 2010 r. wskazał w pkt III.3 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”:

- 1) pkt III 3.2) „Wiedza i doświadczenie; Opis sposobu dokonywania spełniania tego warunku”: wypełniony załącznik nr 4 Doświadczenie zawodowe Wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (co najmniej dwóch), licząc od dnia złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;
- 2) pkt III.3.3. Potencjał techniczny; Opis sposobu dokonywania spełniania tego warunku”: sporządzony wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia”.

Z kolei w pkt III.4 Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp ppkt III.4.1). W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp należy m.in. przedłożyć:

(...) wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. W ogłoszeniu brak pkt III.5) Informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom oraz pkt III.6) Inne dokumenty obejmującego inne dokumenty niewymienione w pkt III.4) i III.5) zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. Nr 12, poz. 69). Z kolei SIWZ w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 przewidywała, że przedmiotem zamówienia jest termomodernizacja budynku Specjalistycznego Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Suwałkach w zakresie m.in. wykonania instalacji solarnej. Rozdział V SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków w ust. 1 pkt 2 i 3 wskazywał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Rozdział VI Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pkt A określał, jakie dokumenty i załączniki składają się na ofertę, wymieniając wśród nich załącznik nr 4 Doświadczenie zawodowe wypełnione i podpisane przez wykonawcę, załącznik nr 5 Wykaz kadry wypełniony o podpisany przez wykonawcę oraz załącznik nr 14 Specyfikacja wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych instalacji solarnej. W pkt C z kolei przewidywał, iż w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 do 3 ustawy Pzp należy złożyć następujące wymienione tam dokumenty. Ppkt C.2) wskazywał wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (co najmniej dwóch) licząc od dnia złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a ppkt C.3) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia. Pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający poinformował wykonawców o zmianie treści SIWZ m.in. w zakresie pkt VI A, wykreślając z listy dokumentów, które należy dołączyć do oferty załącznik

nr 14, zastępując go kosztorysem ofertowym instalacji solarnej wypełnionym i podpisanym przez wykonawcę. Ponadto w tym samym piśmie Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy o sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, jeśli chodzi o doświadczenie wykonawcy, tj. czy Zamawiający wymagał, aby każda robota obejmowała termomodernizację (docieplenie, wymian stolarki, wykonanie instalacji kolektorów słonecznych), Zamawiający odpowiedział przecząco, wskazując, że wymaga wypełnienia załącznika nr 4 Doświadczenie zawodowe obejmującego wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (co najmniej dwóch) licząc od dnia złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Ponadto w kolejnych odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 21 kwietnia 2010 r. odnosząc się do treści wymagań określonych w załączniku nr 14 Specyfikacja wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych, tj. wymogu złożenia przez wykonawcę wykazu urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia, w tym kolektory słoneczne, których może potwierdzić poprawną pracę w trzech instalacjach o powierzchni łącznej 750m² przez co najmniej dwa lata zlokalizowanej na terenie Polski (z podaniem miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie – listy referencyjne lub inne dokumenty stwierdzające należyte wykonanie robót instalacyjnych i poprawną pracę instalacji solarnej) wskazywał, że ww ma na celu badanie wiedzy i doświadczenia i nie musi dotyczyć kolektorów słonecznych wskazanych przez wykonawcę w dokumentacji projektowej. Równocześnie wskazał, że w tym zakresie wykonawca może powoływać się na doświadczenie i wiedzę innych podmiotów. Odwołujący w złożonej ofercie załączył 1 referencję wystawioną przez PRIBO- EPB Sp. z o. o. z siedzibą w Ełku, która potwierdzała, że Zakład Instalacyjno - Budowlany „DARIO” Dariusz Krasicki ul. Gałczyńskiego 7/37, 12-200 Pisz, wykonał instalację kolektora o powierzchni 980 m² w budynku Szpitala „PRO - MEDICA” w Ełku z należyłą starannością, zgodnie z dokumentacją techniczną i warunkami technicznymi oraz odbioru robót, jak również poleca tegoż wykonawcę jako rzetelnego i uczciwego, charakteryzującego się dobrą organizacją pracy, dbałością i rzetelnością. Instalacja ta została wykonana od lutego 2009 do czerwca 2009 r., tj. nie obejmowała wykazania dwóch lat funkcjonowania. Pismem z dnia 4 maja 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia referencji potwierdzających poprawną pracę jeszcze dwóch instalacji pod rygorem wykluczenia z postępowania. W wyniku uzupełnienia z dnia 7 maja 2010 r. Odwołujący złożył 2 dodatkowe referencje: Spółdzielni Mieszkaniowej w Pieszku oraz Emilii i Mariusza P. z Pieszka. W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 maja

2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący według SIWZ rozdział VI A.14 i C.2 był zobowiązany w ramach oferty wyspecyfikować wymagane parametry techniczno-eksploatacyjne instalacji solarnej i zgodnie z załącznikiem nr 14 SIWZ Odwołujący winien był złożyć wykaz urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia, w tym kolektory słoneczne, których poprawne wykonanie w 3 instalacjach o powierzchni łącznej 750m² zlokalizowanych co najmniej 2 lata na terenie Polski winien był potwierdzić listami referencyjnymi lub innymi dokumentami stwierdzającymi należyte wykonanie robót instalacyjnych i poprawną pracę instalacji solarnej. Zamawiający uznał, że wobec tego, iż do oferty nie zostały załączone referencje potwierdzające należyte wykonanie kolektorów słonecznych w zakresie wskazanym powyżej, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał do uzupełnienia tych dokumentów. W piśmie Zamawiający wskazywał, że wezwanie obejmowało przedstawienie referencji potwierdzających należyte wykonanie 3 instalacji o powierzchni łącznej 750m² przez co najmniej 2 lata zlokalizowanych na terenie Polski. W ocenie Zamawiającego przedłożone (w wyniku uzupełnienia) referencje nie spełniają wymogów SIWZ z poniższych powodów:

- 1) Odwołujący nie dostarczył referencji potwierdzających wiedzę i doświadczenie na dzień składania ofert; referencje Spółdzielni Mieszkaniowej w Piszcu zostały wystawione z dniem 4 maja 2010 r., a nie jak wymagano 23 kwietnia 2010 r., a ponadto informacja w nich zawarta, że w okresie 07.2010 r. do 09.2010 r. wykonał instalację solarną jest nieprawdziwa; Odwołujący nie wykazał też, że instalacja działa poprawnie co najmniej 2 lata;
- 2) referencja wystawiona przez Emilię i Mariana P. z dnia 23 marca 2010 r. nie zawiera powierzchni wykonanej instalacji oraz informacji o terminie wykonania zamówienia, a ponadto Odwołujący nie wykazał, że instalacja działa poprawnie co najmniej 2 lata.

Zamawiający nie odniósł się w ogóle do referencji wystawionej przez PRIBO- EPB Sp. z o. o. z siedzibą w Ełku.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że mimo uzupełnienia dokumentów oferta nie spełnia wymaganego doświadczenia w instalacjach solarnych.

W wyjaśnieniach oraz pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonych na rozprawie, Zamawiający podnosił, że wynikający z załącznika nr 14 do SIWZ warunek dotyczący przedłożenia referencji w zakresie 3 instalacji solarnych działających poprawnie przez 2 lata ma charakter przedmiotowy, tj. mają potwierdzać, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego przede wszystkim w zakresie jakości. Uzasadniając uprawnienie do żądania referencji w ww zakresie, Zamawiający odwoływał się do §5

rozporządzenia w sprawie dokumentów, podnosząc, że zawiera on otwarty katalog dokumentów, jakich zamawiający mogą żądać na potwierdzenie warunku, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. Brak takich dokumentów skutkuje uznaniem, że nie został spełniony warunek przedmiotowy wynikający z SIWZ i uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Równocześnie Zamawiający wyjaśniał, że żadna z referencji złożonych przez Odwołującego nie spełniała warunku wynikającego z załącznika nr 14, a informację zawartą w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 4 maja 2010 r., w której Zamawiający wzywał do złożenia referencji potwierdzających poprawną pracę jeszcze dwóch instalacji solarnych należało rozumieć w ten sposób, że co najmniej jedna z referencji winna dotyczyć 2 instalacji. Zdaniem Zamawiającego nie mógł on żądać uzupełnienia treści złożonej referencji, ponieważ stanowiła ona treść oferty i byłoby to niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazującym dokonywania zmian w treści oferty. Tym samym wezwanie do uzupełnienia dokumentów mogło dotyczyć tylko dokumentów nie złożonych. Zamawiający wskazywał także, że podnoszenie zarzutów odnośnie nieścisłości w zakresie SIWZ czy warunków w niej zawartych jest spóźnione.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp. W ocenie Izby Odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W obecnym stanie prawnym przesłankę interesu prawnego, a więc opartego jedynie na roszczeniach mających swoje podstawy w przepisach prawa, zastąpiono sformułowaniem o szerszym zakresie, a mianowicie pojęciem „interesu w uzyskaniu zamówienia”, które wynika z prawa wspólnotowego oraz orzecznictwa ETS (por. m. in. orzeczenia C-470/99 *Universale Bau*, C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner* i in. przeciwko *Asfinag*). Uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym jest więc każdy, kto: „ma lub miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia i kto jest lub może zostać pokrzywdzony domniemanym naruszeniem”. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów podnoszonych w odwołaniu skutkować może, w zależności od decyzji Izby, przywróceniem oferty Odwołującego do postępowania. Równocześnie może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp, ponieważ zostałby pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Izba nie podziela tym samym stanowiska Zamawiającego, iż w przedmiotowym przypadku nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nawet w

przypadku uznania opisywanego powyżej warunku przedłożenia referencji dotyczących 3 instalacji solarnych jako warunku podmiotowego, Odwołujący podlegał będzie wykluczeniu i nie zmieni to wyników postępowania. W opinii Izby powyższe twierdzenie nie jest uprawione, ponieważ przesądza de facto o rozstrzygnięciu Izby, czego na tym etapie Zamawiający nie może czynić.

W ocenie Izby odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdził się bowiem podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia.

W opinii Izby twierdzenia Zamawiającego, jakoby zawarty w załączniku nr 14 do SIWZ wymóg wykazania się wykonaniem co najmniej 3 instalacji solarnych działających poprawnie przez co najmniej 2 lata miał charakter warunku przedmiotowego, tj. miał na celu potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, nie ma oparcia ani w przepisach prawa ani materiale dowodowym niniejszej sprawy.

Dla powyższego ustalenia Izby konieczne jest wskazanie różnic pomiędzy warunkami podmiotowymi (warunkami udziału w postępowaniu) a warunkami przedmiotowymi. Należy podkreślić, że regulacja w zakresie warunków udziału w postępowaniu uległa bardzo znaczącej zmianie na skutek nowelizacji przyjętej ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), obowiązującej od dnia 22 grudnia 2009 r.

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przez warunki udziału w postępowaniu należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy Pzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania pod rygorem wykluczenia.

Warunki udziału w postępowaniu podzielić można na pozytywne określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz negatywne (brak podstaw do wykluczenia) określone w art. 24 ust.1 ustawy Pzp.

Od warunków podmiotowych określonych w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy Pzp odróżnić natomiast trzeba warunki przedmiotowe, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dotyczą one opisu przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich będzie ono realizowane, zaś ich niespełnienie skutkować będzie odrzuceniem oferty. Nie można natomiast w oparciu o warunki przedmiotowe wykluczyć wykonawcy, ani na podstawie warunków podmiotowych odrzucić jego oferty (jako niezgodnej z SIWZ) (ofertę uznaje się za odrzuconą). Z zastrzeżeniem art. 5 ust. 1 ustawy Pzp właściwości wykonawcy nie mogą być już brane pod uwagę przy ocenie ofert.

W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie mieć będą warunki o charakterze pozytywnym wynikające z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące :

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Tym samym, zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zarówno wiedza i doświadczenie, jak i potencjał techniczny należą w sposób bezwzględny do warunków podmiotowych. Dodatkowo, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca może opierać się na potencjale podmiotów trzecich. Jedynie w zakresie warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego zamawiający może wymagać wykazania spełnienia warunku bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Ponadto nowa regulacja nakazuje odróżnić od warunków udziału w postępowaniu opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z zamiarem ustawodawcy warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, co oznacza konieczność ich konkretyzacji w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne. Konkretyzacji powyższej dokonuje się w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zawarcie tam opisu

sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowi kryteria, jakimi zamawiający będzie kierował się przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przy czym należy podkreślić, iż wola ustawodawcy było odejście od rozumienia pojęcia „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” przyjętego w poprzednim stanie prawnym, tj. np. jako kryterium spełnia/nie spełnia, lecz odniesienie go do konkretnych warunków udziału ustalonych w danym postępowaniu, odnoszących się do elementów wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (warunki określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wydają się na tyle jednoznaczne, że nie wymagają dalszego opisu przez zamawiającego i zamawiający może poprzestać na ewentualnym żądaniu stosownego oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia). O wskazanym powyżej rozumieniu pojęcia „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” świadczy również brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do tegoż przedmiotu zamówienia proporcjonalny. Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje także przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, przewidując, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego żądanym. Koresponduje z tym regulacja rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którą w postępowaniach powyżej progów unijnych zamawiający żąda, a poniżej progów może żądać dokumentów na potwierdzenie tylko tych warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, co do których dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Równocześnie ustawodawca jednoznacznie nałożył na zamawiającego obowiązek opisu oceny spełniania warunków zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 ustawy Pzp), jak i siwz (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), o ile zamawiający w ogóle takiego opisu dokonuje. Spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca wykazuje za pomocą dokumentów. Zakres niezbędnych dokumentów wymaganych od wykonawcy wskazany jest w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy określa rozporządzenie w sprawie dokumentów. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem. Zasada ta obowiązywała także w poprzednim stanie prawnym (*por. wyrok SO w Lublinie z dnia 31 marca 2006 r., sygn. akt IX Ga 37/06*). Nie odnosi się ona jedynie do sytuacji, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (wykonawca jest zobowiązany udowodnić dysponowanie

zasobami podmiotów trzecich) oraz zamówień sektorowych, gdzie dopuszczono możliwość żądania także innych dokumentów niż określone rozporządzeniem.

Tym samym ponownie należy podkreślić, że wiedza i doświadczenie oraz potencjał techniczny należą do warunków podmiotowych, a nie przedmiotowych. Dotyczą one bowiem kwalifikacji samego wykonawcy, a nie oferowanych przez niego dostaw, usług lub robót budowlanych. Zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów weryfikacja wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie dotychczas zrealizowanych zamówień i służą do tego odpowiednio wykazy robót budowlanych (§1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów) lub dostaw lub usług (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Natomiast w odniesieniu do weryfikacji potencjału technicznego weryfikacja spełnienia tego warunku następuje oparciu o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (§ 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów), stan zatrudnienia i liczebność personelu kierowniczego (§1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów) (*por. Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r. pod red. J.Sadowego, UZP, Warszawa 2010*).

Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, że zawarty w załączniku nr 14 do SIWZ wymóg wykazania się dokumentami potwierdzającymi wykonanie 3 instalacji solarnych działających poprawnie przez co najmniej 2 lata oraz, że roboty te zostały wykonane należyście (listy referencyjne lub inne dokumenty stwierdzające należyte wykonanie robót instalacyjnych i poprawną pracę instalacji solarnej), jest niczym innym jak wprowadzeniem dodatkowego warunku odnośnie doświadczenia. Świadczy o tym zarówno sposób sformułowania tego warunku, wymóg przedstawienia referencji, informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również wyjaśnienia do SIWZ z dnia 21 kwietnia 2010 r., które jednoznacznie przewidują, że instalacje solarne wskazywane w referencjach nie muszą być tożsame z oferowanymi przez wykonawcę, zaś celem tego wymogu jest potwierdzenie doświadczenia w realizacji instalacji solarnych. Wprawdzie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający odwołuje się do rozdziału VI A. 14 odnoszącego się do załącznika nr 14 jako załącznika do oferty (*nota bene* jest to odwołanie niepoprawne, ponieważ SIWZ w tym zakresie została zmodyfikowana w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2010 r.) oraz C.2, gdzie zawarto wymóg złożenia wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, należy jednak podkreślić, że pkt C.2 odnosi się do innego wykazu robót niż te wynikające z załącznika nr 14, a mianowicie sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 4 Doświadczenie zawodowe. W załączniku nr 4 brak jakiegokolwiek odniesienia do załącznika nr 14 do SIWZ. Ponadto jedynie w zakresie warunku podmiotowego wiedzy i doświadczenia (oraz potencjału technicznego) istnieje

możliwość odwoływania się do potencjału podmiotów trzecich, na którą to możliwość wyraźnie powołuje się Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 21 kwietnia 2010 r. Nie dotyczy to natomiast warunków przedmiotowych.

Należy podkreślić, że dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia tego warunku zostały określone w sposób sprzeczny z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przepis ten pozwala bowiem na potwierdzenie warunku doświadczenia żądać jedynie wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu 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 rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu, że roboty wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jedynie w zakresie wyznaczonym hipotezą ww. przepisu Zamawiający miał prawo kształtować żądania odnośnie treści żądanych dokumentów. W ocenie Izby, orzekającej w granicach zarzutu Odwołującego, potwierdził się zatem zarzut Odwołującego, że żądany dokument był niezgodny z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w zakresie wprowadzenia niedozwolonego minimalnego 2-letniego okresu funkcjonowania instalacji solarnych.

W opinii Izby powyższa sprzeczność z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów skutkuje niemożnością uwzględnienia tej okoliczności (tj. 2-letniego okresu poprawnej pracy instalacji) w ocenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podziela poglądu prezentowanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego, że niewniesienie odwołania wobec treści SIWZ sanuje jej postanowienia, choćby były niezgodne z przepisami ustawy Pzp czy przepisów wykonawczych do ustawy Pzp. W ocenie Izby rzeczywiście specyfikacja istotnych warunków zamówienia co do zasady wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, jednak jej postanowienia niezgodne z ustawą Pzp lub przepisami wydanymi na jej podstawie, w szczególności gdy przedmiotowa niezgodność ma charakter oczywisty, mogą nie być skuteczne wobec wykonawców, nawet jeżeli nie zostały przez nich zakwestionowane w drodze odwołania wniesionego wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli powodują negatywne dla wykonawców konsekwencje. Dla zasadności powyższych rozważań w ocenie Izby bez znaczenia pozostaje złożona przez Zamawiającego jako dowód w sprawie opinia na temat zasadności odwołania dotyczącego wymaganego przez Zamawiającego okresu działania instalacji solarnej, w której jej autor mgr inż. Andrzej U. uzasadniał prawidłowość żądania przez Zamawiającego 2-letniego okresu prawidłowej pracy instalacji solarnej koniecznością

zapewnienia wymagań jakościowych. W ocenie Izby przedmiotowa opinia mająca charakter opinii prywatnej nie wnosi nic do sprawy, zwłaszcza wobec faktu, że dopuszczalność żądania określonych dokumentów od wykonawców i stawiania im określonych warunków musi odbywać się nie tylko z uwzględnieniem interesów Zamawiającego, ale również z poszanowaniem obowiązującego porządku prawnego oraz interesów wykonawców.

Jak wskazano powyżej Izba ustaliła, że warunek odnośnie doświadczenia w realizacji instalacji solarnych nie stanowi warunku przedmiotowego i nie stosują się do niego przesłanki odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie stanowi on bowiem o żadnej merytorycznej treści SIWZ, a tylko taka niezgodność skutkować może koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących prawidłowości referencji złożonych przez Odwołującego Izba podnosi, że na rozprawie Zamawiający wskazał, że podstawową przesłanką, która zdecydowała o nieprawidłowości referencji był brak 2-letniego okresu poprawnej pracy instalacji. Odnosząc się do poszczególnych referencji Izba podnosi, co następuje. Zamawiający kwestionował referencję wystawioną przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Piszcu z uwagi na okoliczność, że data referencji jest późniejsza niż data składania ofert. Należy podkreślić, że rację ma Odwołujący wskazując, iż data referencji nie przesądza o jej prawidłowości, jeśli sama referencja potwierdza spełnienie warunku na wymagany przez Zamawiającego dzień. Natomiast co do zarzutu niepoprawienia błędnej daty w referencji Spółdzielni Mieszkaniowej w Piszcu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy zauważyć, przepis ten dotyczy poprawiania treści oferty oraz, iż jest to dopuszczalne jedynie wówczas, gdy Zamawiający może takiej poprawki dokonać samodzielnie, w oparciu o informacje wynikające z oferty. W przedmiotowym przypadku natomiast kwestią budzącą wątpliwości była zawarta w referencjach data wykonania zamówienia, która to data jeszcze nie nastąpiła. W ocenie Izby jednoznacznie wskazywało to na omyłkowy charakter (Odwołujący podnosił, że był to rok 2009) i podlegało wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Zamawiający nie powinien być bez stosownej procedury wyjaśniającej uznawać, że w referencji zawarto informacje nieprawdziwe lub też, że referencja nie spełnia wymagań. Co do zasady referencje nie stanowią dokumentu samodzielnego składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, których treść zamawiający może ustalać, lecz mają jedynie stwierdzać w zakresie robót budowlanych ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie. Wszystkie pozostałe informacje, w tym w zakresie wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, winny być zamieszczone w wykazie, ponieważ to on stanowi oświadczenie woli wykonawcy, za które ponosi on

odpowiedzialność. W niniejszej sprawie brak jest wyraźnego wymogu przedstawienia wykazu, opierając się faktycznie w ocenie spełniania wymogu na informacjach zawartych w referencjach. Tym bardziej zatem Zamawiający winien szczegółowo przeanalizować danych w nich zawartych. Ponadto referencje również są dokumentami składanymi na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i stosuje się do nich procedurę wyjaśniającą z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Należy także podzielić twierdzenia Odwołującego odnośnie referencji wystawionej przez Emilię i Mariusza P. z dnia 23 marca 2010 r. W załączniku nr 14 nie określono wymogu, aby referencje zawierały datę wykonania instalacji ani ograniczenia czasowego co do czasu tej realizacji. Data miała jedynie posłużyć do oceny, czy spełniony został wymóg, aby instalacja działała poprawnie co najmniej przez 2 lata. Skoro wymóg ten uznany został za niezgodny z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów brak daty pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości referencji. Załącznik nr 14 nie zawierał także wymogu podania w każdej referencji powierzchni wykonanej instalacji, gdyż warunek był sformułowany łącznie, tj. należało wykazać trzy instalacje o powierzchni łącznej 750m². Jeżeli zatem choćby jedna instalacja spełnia ww. wymóg (a tak było w przedmiotowej sytuacji – złożona referencja wystawiona przez PRIBO-EPB sp. z o.o. wskazywała powierzchnię 980 m²), kolejne referencje nie muszą podawać powierzchni wykonanej instalacji i Zamawiający nie może z takim brakiem wiązać negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. W odniesieniu do referencji złożonej przez PRIBO-EPB sp. z o.o. Izba wskazuje, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie odniósł się do prawidłowości złożonej referencji, jednak na rozprawie podnosił, że nie spełniała warunku co najmniej 2-letniej poprawnej pracy instalacji. Skoro zatem warunek ten Izba uznała za nieprawidłowy, nie może on w żaden sposób wpływać na ocenę prawidłowości złożonej referencji.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając się w odwołaniu do stwierdzenia, iż czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty dokonana została w sposób nie zapewniający zasad uczciwej konkurencji. Izba podkreśla, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter samodzielny i samo stwierdzenie, że doszło do odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp nie stanowi dowodu na równoczesne naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Z akt sprawy wynika, że kwestionowany przez Odwołującego wymóg wykonania 3 instalacji solarnych Zamawiający odnosił do pozostałych wykonawców i niespełnienie tej przesłanki skutkowało odrzuceniem ofert także innych wykonawców.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1, 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp Izba orzekła, jak w sentencji. Równocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba orzekała jedynie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej kwocie dopuszczalnej na podstawie § 3 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia, tj. 3.600,00 zł na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Przewodniczący:

.....