

**WYROK**  
**z dnia 28 stycznia 2009r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie:** **Ewa Jankowska**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant:** **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **APEX – ROBOZIEM Sp. z o.o., 73-110 Stargard Szczeciński, ust. Rzeźnicza 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5** protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wykluczenia APEX – ROBOZIEM Sp. z o.o., 73-110 Stargard Szczeciński, ul. Rzeźnicza 3 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;**

**2. kosztami postępowania obciąża Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **APEX – ROBOZIEM Sp. z o.o., 73-110 Stargard Szczeciński, ul. Rzeźnicza 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8466 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterysta sześć sześćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5** na rzecz **APEX – ROBOZIEM Sp. z o.o., 73-110 Stargard Szczeciński, ul. Rzeźnicza 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym, oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.
  
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **APEX – ROBOZIEM Sp. z o.o., 73-110 Stargard Szczeciński, ul. Rzeźnicza 3.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający -Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Bieżące utrzymanie obiektów mostowych oraz innych obiektów inżynierskich (związanych z funkcją drogi) na terenie miasta Szczecin". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25.10.2008 r. pod numerem 2008/S 208-276470.

Pismem z dnia 18.12.2008 r. przesłanym tego samego dnia za pośrednictwem faksu Zamawiający zawiadomił APEX – ROBOZIEM Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie o wykluczeniu go z przetargu oraz odrzuceniu jego oferty, a także o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez STALMONT Andrzej Milicki, Wacław Pawluć, Marek Wieczorek Sp. j. z siedzibą w Szczecinie.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego APEX – ROBOZIEM Sp. z o. o. wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Środki ochrony prawnej wniesione zostały w terminach ustawowych, ustalonych z uwzględnieniem art. 183 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 29 stycznia

2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) t.j protest w dniu 24.12.2008r., odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 12.01.2009 r. Zachowany został warunek jednoczesności przekazania kopii odwołania zamawiającemu – art. 184 ust. 2 Pzp. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezgodne z prawem oraz warunkami postępowania wykluczenie z przetargu oraz potraktowanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą;

2) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez STALMONT Andrzej Milicki, Wacław Pawluć, Marek Wieczorek Sp.j. ze Szczecina, gdyż y najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący się;

3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, będące konsekwencją wyżej wskazanego naruszenia prawa.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący się podniósł, że Zamawiający wadliwie przyjął, że Odwołujący się nie wykazał się niezbędnym doświadczeniem stosownie do rozdziału V pkt 1 ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz załącznika nr 4 do siwz, gdyż została dokonana błędna interpretacja dokumentów oraz oświadczeń załączonych do oferty oraz złożonych na skutek wezwania zamawiającego. Zamawiający nietrafnie uznał, spośród prac wykazanych przez Odwołującego się, tylko jedną pracę podobną tj. remont obiektu mostowego o rozpiętości przęsła 20 m wskazanego w pozycji 7 wykazu. Odwołujący się wywiódł, że w poz. 3 wykazu prac wymieniono kilka różnych obiektów inżynierskich. W ramach jednej umowy Odwołujący się zrealizował m.in. dwa różne wiadukty (pkt 1 i 6 poz. 3 wykazu), które Zamawiający potraktował jako jeden. Obiekt wskazany w pkt 1 ma długość przęsła 21 m. Przesądza to o spełnieniu przez Odwołującego się warunków udziału w przetargu, a ponieważ złożył on najtańszą ofertę, Zamawiający winien dokonać jej wyboru. Zdaniem Odwołującego się w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający przyznał się do błędu, jednak nie zmienił oceny doświadczenia Odwołującego się, powołując się na nowe argumenty. Zamawiający nie uznał pracy dotyczącej przebudowy wiaduktu nad linią kolejową Jelenia Góra - B - Zebrzydowa w km 48,257 (pkt 1, poz. 3 wykazu prac), gdyż , jego zdaniem, zdemontowane przęsło blachownicowe w torze Nr 1 zostało wykonane na podstawie odrębnego zlecenia, co nie zostało potwierdzone odrębnymi referencjami. Odwołujący się oświadczył, iż w ramach jednej umowy dot. wyżej opisanego wiaduktu wykonał wszystkie prace związane z jego remontem tj. zarówno demontaż wiaduktu, jego remont oraz ponowny montaż, co potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 28.11.2008 r. (błędna data), złożonych Zamawiającemu w dniu 8.12.2008 r.

Podkreślił, iż warunki udziału w postępowaniu muszą być skorelowane z przedmiotem zamówienia tzn. nie mogą być one stawiane na wyrost. Przedmiotem zamówienia są prace,

które nie dotyczą remontów generalnych, a jedynie bieżącego utrzymania obiektów mostowych oraz inżynierskich, czyli stosunkowo drobnych napraw i konserwacji. Ponadto Zamawiający w siwz nie wskazał rodzaju prac dotyczących remontu obiektów mostowych, choćby przez rodzaj i zakres remontu. W załączniku nr 4 do siwz Zamawiający tylko ogólnie podał, że wykonawcy mają podać opis prac zbliżonych do zakresu prac objętych siwz, bez określenia stopnia szczegółowości informacji. Zatem w braku wskazań, nie należy oczekiwać, że wykonawcy będą wymieniać wszystkie prace realizowane na każdym z obiektów. Fakt nie wymienienia *expressis verbis* jakiegoś rodzaju prac w ramach remontu nie może dyskwalifikować danej pracy skoro rodzajowo odpowiada ona wymogom siwz.

Odwołujący się podniósł również, że z orzecznictwa Zespołów Arbitrów przy Prezesie UZP oraz Krajowej Izby Odwoławczej oraz sformułowania użytego przez Zamawiającego w siwz wynika, że referencje muszą jedynie potwierdzać fakt należytego wykonania zamówienia. W konkluzji Odwołujący się stwierdził, że prowadził dwa remonty wiaduktów o długości przęsła powyżej 20m. i zrealizował to z należytą starannością. Wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia go z postępowania;

2) nakazanie przeprowadzenia powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

Zamawiający pismem z dnia 8.01.2008r. oddalił protest i przekazał rozstrzygnięcie Odwołującemu się. W uzasadnieniu oświadczył, że z wykazu prac podobnych wynikało wykonanie przez Odwołującego się tylko jednej pracy odpowiadającej wymaganiom siwz, polegającej na wymianie żelbetonowej płyty pomostu wiaduktu drogowego w ciągu ul. Druckiego - Lubeckiego z dostosowaniem jej parametrów do obecnych wymagań normowych i eksploatacyjnych (poz. 7 wykazu) Innych prac Odwołujący się nie przedstawił mimo wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający przyznał, że istotnie niepoprawnie sformułował stanowisko zawarte w informacji o wynikach postępowania, jednak nie skutkuje to zmianą decyzji o wykluczeniu Odwołującego się. W ocenie Zamawiającego wskazana i potwierdzona referencjami w pkt 1 poz. 3 wykazu inwestycja polegała na rozbiórce wiaduktu L - 21 mb i wykonaniu w jego miejsce przepustu. Z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego się Zamawiający wywiódł ponadto, że wykonanie pracy polegającej na wyremontowaniu i ponownym wbudowaniu przęsła blachownicowego w torze Nr 1, nastąpiło na podstawie odrębnej umowy i nie zostało potwierdzone referencjami, ani innymi dokumentami potwierdzającymi należyte jej wykonanie. Inwestycja wskazana w pkt 6, poz. 3 wykazu polegała na wykonaniu konstrukcji MULTIPLATE - 200 VT 16, o rozpiętości 5,73x5,30 i długości 24m, zatem wykonano nowy obiekt - przepust, co zostało potwierdzone listem referencyjnym. Powyższe wskazuje na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego się.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z ceną niższą, niż oferta wybrana. Wobec ustalenia w rozdziale XII pkt 1 siwz ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, potwierdzenie zarzutów odwołania da Odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Izba stwierdza, że czynnością, której dotyczy protest poprzedzający odwołanie jest wykluczenie Odwołującego się z postępowania i dokonana w jej konsekwencji czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Nietrafny jest zatem pogląd Zamawiającego, iż treść zarzutu Odwołującego się stanowi brzmienie postanowień siwz, co powoduje spóźnienie zarzutu, z uwagi na upływ terminu wskazanego na wniesienie protestu na treść siwz wskazanego w art. Pzp. Przedmiotem sporu jest prawidłowość oceny spełnienia przez Odwołującego się warunku udziału w postępowaniu w oparciu o wymagania zawarte w rozdziale 5 ust. 1 pkt 5 lit. a siwz oraz potwierdzenie tej okoliczności w wykazie złożonym stosownie do wymagań określonych w rozdziale 5 ust. 2 pkt 9 siwz. Przedstawionej ocenie dokonanej przez Izbę, która przesłanki odrzucenia odwołania jest obowiązana badać z urzędu, odpowiada brak podniesienia przez Zamawiającego zarzutu uchybienia terminu na wniesienie protestu na etapie posiedzenia.

Art. 191 ust. 3 Pzp zakazuje Izbie orzekanie, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych zarzut stanowi, wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne uzasadniające naruszenie przepisów prawa. Przy rozpoznawaniu niniejszego odwołania granice zarzutu wyznaczają: czynność wykluczenia Odwołującego się z postępowania i dokonana w jej konsekwencji czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poz. 3 wykazu prac podobnych złożonych przez Odwołującego się. W złożonym proteście Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu, iż błędnie potraktował inwestycje ujęte w pkt 1 i 6 poz. Nr 3 wykazu, podczas, gdy w punktach tych ujęte zostały prace dotyczące dwóch różnych obiektów.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale V pkt 1 ppkt 5) oraz załączniku nr 4 do siwz Zamawiający ustalił, że warunkiem udziału w przetargu jest wykazanie się doświadczeniem zawodowym polegającym na wykonaniu z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, minimum jednej pracy podobnej do objętych przedmiotem zamówienia. Za pracę podobną Zamawiający uzna:

- wykonanie lub wykonywanie bieżącego utrzymania (w okresie min. 8 miesięcy) co najmniej 20 obiektów mostowych o różnorodnej konstrukcji lub;
- wybudowanie dwóch nowych obiektów mostowych o rozpiętości przęsła min. 20 m lub;
- remont dwóch istniejących obiektów mostowych o rozpiętości przęsła min. 20 m.

Zamawiający ustalił w rozdziale 5 ust. 2 pkt 9 siwz, że potwierdzenie spełnienia powyższego warunku nastąpi na podstawie wykazu wykonanych prac podobnych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wg wzoru, stanowiącego załącznik Nr 4 do siwz oraz dokumentów potwierdzających, że prace te zostały wykonane należycie.

Treść tego postanowienia siwz powtarza brzmienie §1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.).

Istotne dla prawidłowej oceny sporu jest ustalenie treści wymagania zawartego w rozdziale 5 ust. 1 pkt 5 lit. a siwz.

Izba stwierdza, że Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu oraz żądania co, do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie wskazał, na czym ma polegać podobieństwo wykazywanych prac do przedmiotu zamówienia, co w odniesieniu do przesłanki wskazanej w 3 tiret mogłoby nastąpić przykładowo przez wskazanie rodzaju remontu, bądź rodzaju prac których wykazania oczekuje Zamawiający.

Skoro wykładnia literalna postanowień siwz nie prowadzi do jednoznacznego rezultatu, to ustalenie treści wymagań stawianych wykonawcom biorącym udział w postępowaniu powinno następować przy uwzględnieniu wykładni celowościowej.

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego”.

Przywołany przepis dyrektywy nakazuje związanie warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia publicznego w taki sposób, by nie były one nadmierne. Zamówienia publiczne winny być bowiem udzielane w warunkach możliwe najszerszej konkurencji a zamawiający nie mogą w sposób nieuprawniony eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp warunki udziału w postępowaniu służyć wyłonieniu wykonawcy posiadającego niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponującego potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Cytowany wyżej przepis rozporządzenia mówi o robotach budowlanych oraz usługach odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

W rozdziale XV siwz Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując, że obejmuje on:

1) bieżące utrzymanie:

a) obiektów mostowych i ich wyposażenia za wyjątkiem oznakowania nawigacyjnego nocnego i urządzeń elektrycznych i elektronicznych;

b) przejścia podziemnego za wyjątkiem urządzeń elektrycznych i elektronicznych;

c) przepustów, ścian, murów oporowych, schodów, ekranów<sup>1)</sup> akustycznych

które jest działaniem polegającym na monitoringu (wizualnym sprawdzaniu) stanu konstrukcji, nawierzchni jezdni, chodników i wyposażenia obiektów znajdujących się w pasie drogowym, na terenie miasta Szczecin oraz wykonywaniu prac naprawczych i konserwacyjnych stanowiących całokształt działań technicznych i organizacyjnych zapewniających właściwy poziom przydatności do eksploatacji i odpowiedni stan techniczny, pozwalający na wydłużenie czasu użytkowania ww. obiektów, poprawę ich estetyki i funkcjonalności.

Odwołujący się złożył wraz ofertą wykaz wymaganych prac podobnych.

Prace zrealizowane na rzecz Zamawiającego ujęte w poz. 7 wykazu odpowiadają wymaganiom siwz (okoliczność bezsporna). W granicach określonych zarzutami protestu należy ocenić czy prace ujęte w pkt 1 i 6 poz. Nr 3 wykazu Odwołującego się odpowiadają wymaganiom siwz.

Poz.3 wykazu dotyczy "Modernizacja linii kolejowej E-30 na odcinku Węgliniec - Legnica odcinek Bolesławiec - Zebrzydowa - Przebudowa wiaduktu nad linią kolejową Jelenia Góra - B - Zebrzydowa w km 48, 257"

Pkt 1. dotyczy przebudowy wiaduktu L - 2l mb w km 48, 257 linii kolejowej Jelenia Góra - B – Zebrzydowa;

Pkt 6. budowa nowego wiaduktu w km 59,328 linii 283

Zakres prac dotyczący pkt 1 odpowiada treści referencji wystawionych w dniu 20.12.2006 r. przez Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych -7 S.A z siedzibą w Warszawie, które również wskazują czynności wykonane przy realizacji pracy wskazanej w poz. 6..

Obu wskazanym punktom zawartym w poz. 3 wykazu Zamawiający zarzucił, że dotyczą one wykonania przepustów, co nie odpowiada jego oczekiwaniom wyrażonym w siwz. Izba stwierdza, że prace wykazane przez Odwołującego się w wykazie złożonym wraz z ofertą odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu.

Skoro w skład czynności objętych przedmiotem zamówienia wchodzi bieżące utrzymanie obiektów mostowych, przejścia podziemnego i przepustów, to, okoliczności sprawy, mając na względzie postanowienia siwz, brak jest podstaw do przyjęcia, że Odwołujący się, który bezspornie wykonał przepusty, nie jest zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia.

Brak odniesienia w treści siwz, co Zamawiający uzna za remont, a co za przebudowę powoduje, że podziału tego winni dokonywać wykonawcy wg własnego uznania. Pogląd, że pojęcia „remont” i „przebudowa”, „obiekt mostowy” użyte zostały zgodnie z definicją legalną zawartą w ustawie Prawo budowlane i ustawie o drogach publicznych nie ma oparcia w treści rozdziału 5 ust. 1 pkt 5 lit. a siwz. W ocenie Izby przepusty, które wykonał Odwołujący się spełniają podobną funkcję, jak wiadukt nad linią kolejową. Wskazać też należy, że z wydruku złożonego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że konstrukcje Multiplate mogą mieć zastosowanie zarówno do budowy przepustów, jak i mostów.

Uchybienia Zamawiającego polegające na braku wystarczającej precyzji przy formułowaniu dokumentacji postępowania nie powinny obciążać wykonawców stosujących się do literalnego brzmienia postanowień siwz. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień siwz jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie może po dokonaniu czynności otwarcia ofert dokonywać reinterpretacji treści dokumentów postępowania, gdyż godzi to w prawa wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przyjęcie interpretacji warunku udziału w postępowaniu przedstawionej przez Zamawiającego prowadziłoby do konstatacji, że warunki sformułowane zostały z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pozostawałyby one bez związku z przedmiotem zamówienia i byłyby w stosunku do niego nadmierne. Stwierdzenie takiej wady postępowania wg stanu prawnego obowiązującego przed dniem 24.10.2008 r., kiedy to weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058) skutkowałoby koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. Zmiana stanu prawnego nie uprawnia Zamawiającego do interpretacji postanowień siwz sprzecznej z prawem, stawiającej wykonawcom warunki udziału w postępowaniu nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia nie jest robota budowlana polegająca na remoncie, przebudowie obiektów mostowych w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Przedmiot zamówienia stanowi usługa bieżącego utrzymania obiektów mostowych, przejścia podziemnego i przepustów, a twierdzenie Odwołującego się, że w skład usługi wchodzi czynności o małym



stopniu złożoności, nieskomplikowane w realizacji nie została zaprzeczona przez Zamawiającego i jest uznana przez Izbę za bezsporną. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że aktualnie Odwołujący się realizuje na jego rzecz robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu mostowego a jej realizacja przebiega wzorowo. Zamawiający wskazał, że Odwołującego się cechuje się wysoki profesjonalizmem i mógłby prawidłowo wykonać niniejsze zamówienie.

Zatem przyjęcie, że Odwołujący się spełniający warunki udziału w postępowaniu na roboty budowlane (i realizujący je z należytą starannością) nie jest zdolny do wykonania prostych prac o charakterze konserwacyjnym, nie tylko nie miałyby oparcia w treści siwz, która winna być interpretowana zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a też byłoby nielogiczne i sprzeczne z praktyką w tym obszarze obrotu gospodarczego.

Zakres prac wskazany w pozycji 3 pkt 1 wykazu prac podobnych odpowiada czynnościom wskazanym w treści referencji. Z Listu referencyjnego wystawionego przez PRK 7 S.A. wynika również fakt należytego wykonania robót budowlanych. Nie ma zatem podstaw do uznania, że Odwołujący się nie potwierdził posiadanego doświadczenia w złożonych dokumentach.

W związku z powyższym Zamawiający już na podstawie złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów winien uznać, że Odwołujący się spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego się w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie zmieniają tej oceny. Jeśli Zamawiający twierdzi, że są one wyłącznie stanowiskiem podyktowanym potrzebą chwili, to winien na okoliczność tę przedstawić Izbie dowody.

Podkreślić należy, że to Zamawiający ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia Odwołującego się z postępowania i to na nim spoczywa ciężar dowodu zaistnienia przesłanek wykluczenia Odwołującego się (art. 188 ust. 3 Pzp, art. 6 k.c w związku z art. 14 Pzp). Zamawiający nie udowodniła na rozprawie, że użyte w poz. 3 pkt 1 wykazu prac oznaczenie L -21 nie odnosi się do długości przęsła, a odnosi się do całej długości obiektu.

Dokumentacja postępowania oraz oświadczenia pełnomocników stron złożone na rozprawie nie pozwalają na przyjęcie, że Odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie będzie zdolny do wykonania zamówienia z należytą starannością.

Zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp potwierdził się. Dokonując czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, Zamawiający dokonał następnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wadliwie, zatem Izba potwierdza również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Konsekwencją dokonanych czynności jest naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 Pzp

Wskazać należy, że art. 7 ust. 3 Pzp, odnosi się do czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem wykracza poza granice rozpatrywanego stanu faktycznego, którym jest ocena czynności badania i oceny ofert poprzedzających zawarcie umowy.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie ma zastosowania w okolicznościach sprawy. Norma w nim zawarta znajduje zastosowanie do czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, w przypadku wykluczenia skutek odrzucenia następuje na mocy samego przepisu art. 24 ust. 4 Pzp bez konieczności dokonywania czynności. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Stwierdzone naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z tym Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 oraz art. 191 ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie.

Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności: wykluczenia Odwołującego się postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała powtórne dokonanie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....