

WYROK

z dnia 14 marca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 roku przez **Odwołującego – wykonawcę M..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... J..... z siedzibą w Lublinie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Milanów w Milanowie**,

przy udziale **Wykonawcy - Parster Sp. z o.o. z siedzibą w Parczewie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Milanów w Milanowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **M..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... J..... z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Milanów w Milanowie** na rzecz Odwołującego **Marka Jeduta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... J..... z siedzibą w Lublinie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 28 lutego 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwaną dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca M..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... J..... z siedzibą w Lublinie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający: Gmina Milanów, przedmiotem zamówienia jest „Budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowości Milanów i Kolonia Milanów”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 stycznia 2014 roku pod numerem 23768-2014.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzucono zaskarżonym czynnościom Zamawiającego niezgodność z przepisami ustawy Pzp polegającą na:

1. naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy na skutek niezasadnego przyjęcia, iż oferta złożona przez Odwołującego nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz, że zawiera nieprawdziwą informację, przez co został on niezasadnie wykluczony z udziału w postępowaniu a jego oferta odrzucona w efekcie czego nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej; ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia powyższego zarzutu:
2. naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe co do podstawy prawnej i nieprecyzyjne w treści sformułowanie pisma z dnia 14 lutego 2014 r. zawierającego wezwanie Odwołującego do „uzupełnienia dokumentu” na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp;
3. naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zwrócenie się do Burmistrza Miasta Zwierzyniec z wnioskiem o udzielenie informacji co do zakresu robót wykonanych przez Odwołującego i zaniechanie poinformowania Odwołującego o tym fakcie i umożliwienia mu uzupełnienia dokumentów bądź złożenia wyjaśnień co do treści oferty.

W konsekwencji postawionych zarzutów wnoszono o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania;
3. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Praster Spółka z o.o. z siedzibą w Parczewie jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
6. ewentualnie, na wypadek nie uznania zasadności wniosku z pkt 5 o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania zamówienie zostanie mu udzielone ze względu na fakt, że złożona przez niego oferta była najkorzystniejsza wedle zastosowanego kryterium najniższej ceny. W konsekwencji na skutek naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty ekspektatywy uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem i wykonaniem umowy w sprawie rzeczzonego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu podniesiono, że dnia 24 lutego 2014 r. Odwołujący otrzymał drogą poczty elektronicznej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty spółki Praster oraz o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W zawiadomieniu wskazano, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Odwołującego uznano za odrzuconą. Uzasadnieniem faktycznym stanowiska Zamawiającego było niewykazanie spełniania przez Odwołującego warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zakwestionował, aby powołane przez Odwołującego roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bagno, gm. Zwierzyniec, potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nadto uznał, że powołując się na wiedzę i doświadczenie wynikające z wykonania w/w zamówienia Odwołujący w sposób świadomy i celowy złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na udzielenie zamówienia.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności zauważono, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania dyspozycji przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Zgodnie z tymi przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ Zamawiający uznał, że powołanie się przez Odwołującego na doświadczenie wynikające z wykonania kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bagno wypełniło znamiona obydwu przepisów, dlatego problem ten, zdaniem Odwołującego, należy rozpatrywać łącznie.

W punkcie XII. 1.2 SIWZ Zamawiający zawarł warunek, że spełnia warunki udziału w postępowaniu ten Wykonawca, który w podanym okresie wykonał co najmniej 2 zadania o zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia tj. budowie sieci kanalizacyjnej z przyłączami o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 złotych każde z nich.

Ze złożonych przez Odwołującego referencji wynika, że budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bagno obejmowała 5822 mb sieci kanalizacji sanitarnej o wartości ponad 1 mln złotych. Ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia „wykaz wykonanych robót” wynika, że w skład robót objętych referencjami wchodziło wykonanie również przyłączy. Pomimo to, dnia 14 lutego 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do „uzupełnienia dokumentu” (prawdopodobnie referencji), ponieważ brakuje w nich zapisu o wykonaniu przyłączy. Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 18 lutego 2014 r., w którym zgłosił sprzeciw co do treści wezwania argumentując, że referencje nie muszą literalnie przystawać do opisu warunku ujętego w SIWZ oraz przedstawił dodatkowy dokument z dnia 17 lutego 2014 r. wystawiony przez gm. Zwierzyniec, z którego wynikało, że Odwołujący wykonał również przyłącza kanalizacji sanitarnej z rur PE o średnicy 40 mm, długości 2530 mb w ilości 111 sztuk. Postępowanie Odwołującego należy uznać za prawidłowe i zgodne z prawem. /tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. KIO 2867/12 /

Niemniej jednak, dnia 19 lutego 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Burmistrza Miasta Zwierzyniec, od którego miał uzyskać informację, że w toku robót w m. Bagno wykonawca nie wykonywał odcinków przyłącza grawitacyjnego łączącego budynki z pompowniami. Nie udzielając Odwołującemu żadnych informacji o treści pisma Burmistrza Miasta Zwierzyniec Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w sposób opisany powyżej.

Zamawiający dokonał błędnego rozstrzygnięcia co do zasady, przy czym naruszył szereg przepisów postępowania, co mogło mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia.

Zasadniczym zarzutem Odwołującego jest dokonanie błędnej oceny spełniania przez Odwołującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej do udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał na podstawie stwierdzenia, że „wykonawca nie wykonywał odcinków przyłącza grawitacyjnego łączącego budynki z pompowniami”, iż nie wykonał on przyłączy wymaganych jako składnik wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z ustawą z dnia 07 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków przyłączy kanalizacyjne jest to odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej. Powołana definicja oznacza, że przyłączy kanalizacyjne może mieć dwojaką postać. W przypadku występowania na nieruchomości odbiorcy studzienki kanalizacyjnej przyłączem jest odcinek przewodu od pierwszej studzienki do sieci kanalizacyjnej, natomiast w przypadku jej braku przyłączem jest odcinek od instalacji wewnętrznej do granicy nieruchomości. Dla zilustrowania definicji Odwołujący załączył do odwołania odpowiedni rysunek oraz mapę dla celów projektowych wykonaną dla zamówienia publicznego, które Odwołujący realizował w miejscowości Bagno. Na mapie zaznaczono szereg przyłączy kanalizacyjnych w rozumieniu w/w definicji, które Odwołujący wykonał od sieci kanalizacyjnej do studzienek położonych najbliżej budynków. Przyłącza te mieszczą się w granicy definicji ustawowej. Fakt, że są to przyłącza ciśnieniowe a nie grawitacyjne powinien zostać uznany za atut Odwołującego, ponieważ konstrukcja przyłącza ciśnieniowego jest bardziej zaawansowana technicznie niż prostego przyłącza grawitacyjnego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu również przewidział wykonanie przyłączy ciśnieniowych.

W konsekwencji Zamawiający niezasadnie uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz, że złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że rozstrzygnięcie powyższych kwestii wymaga wiadomości specjalnych, proszono o powołanie biegłego z zakresu budownictwa instalacji sanitarnych celem ustalenia czy przyłącza ciśnieniowe, które Odwołujący wykonał w trakcie realizacji kontraktu na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bagno, gm. Zwierzyniec, mieszczą się w definicji ustawowej przyłącza kanalizacyjnego.

W przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła powołanej wyżej argumentacji Odwołujący postawił zarzuty alternatywne dotyczące naruszenia przepisów o charakterze proceduralnym.

W treści wezwania z dnia 14 lutego 2014 r. nakazano Odwołującemu uzupełnienie „niżej wymienionego dokumentu” na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zarówno nieprecyzyjna treść wezwania, nie wskazująca dokumentu, który ma zostać uzupełniony, jak i podana podstawa prawna są nieprawidłowe. Z dalszej części pisma można domyślać się,

że Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentu referencji. Odwołujący słusznie wskazał, że treść tego dokumentu nie musi być zgodna z literalnym brzmieniem SIWZ. Niemniej jednak dokonał jego uzupełnienia poprzez złożenie kolejnego oświadczenia Burmistrza Zwierzyńca uzupełniającego referencje o treści żądane przez Zamawiającego. Dokument uzupełniający referencje literalnie potwierdzał wymagania postawione przez Zamawiającego. Z tego względu Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu § 1 ust. 5 rozporządzenia o dokumentach. Przepis ten przewiduje, że Zamawiający może bezpośrednio zwrócić się do właściwego podmiotu jedynie w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie. Ponadto, zasadą powinno być wyjaśnienie wątpliwości przede wszystkim z wykonawcą. /tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2012 r. KIO 1259/12 LexisNexis nr 3950903/

Z treści powołanego judykatu wynika, że Zamawiający nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pomijać wykonawcy, w szczególności gdy przedstawione przez inny podmiot stanowisko skutkuje stwierdzeniem niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien uzyskać opinię wykonawcy względem poczynionych przez siebie ustaleń. Tymczasem w realiach rozpatrywanej sprawy Odwołujący dowiedział się o poczynionych przez Zamawiającego ustaleniach dopiero z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie mógł więc w żaden sposób zareagować na etapie postępowania przetargowego, pomimo że ustawa przewiduje dla wykonawcy przynajmniej kilka możliwości, od złożenia stosownych wyjaśnień, po uzupełnienie dokumentacji.

Ponadto, nieprecyzyjna treść wezwania oraz błędna podstawa prawna dyskwalifikują wezwanie z dnia 14 lutego 2014 r. zgodne z ustawą Pzp. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno zostać oparte na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp formułowane jest wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W orzecznictwie przyjmuje się, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musi być jednoznaczne i precyzyjne, w szczególności zamawiający musi dokładnie opisać, dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Należy bowiem wskazać, iż czynność uzupełnienia dokumentów jest czynnością o znacznym stopniu sformalizowania, niosącą dla wykonawców doniosłe konsekwencje i tym samym winna ona zostać przeprowadzona przez zamawiającego w sposób należyty, przy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych oraz ekonomiki postępowania /tak.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2012 r. KIO 727/12 KIO 731/12 KIO

735/12 KIO 744/12 KIO 745/12 LexisNexis nr 3893107/. Opisane wyżej wezwanie nie spełnia powyższych warunków. Postępowanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego nosi również znamiona nierównego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów Odwołujący uważa za zasadne powtórzenie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentacji ofertowej na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe rozważania wnoszono jak na wstępie.

W dniu 3 marca 2014 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Parster Sp. z o.o. z siedzibą w Parczewie. Kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu. Przystąpienie Izba uznała za skuteczne.

Zdaniem Przystępującego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem budowy kanalizacji ciśnieniowej nie można uznać za zadanie tożsame z budową kanalizacji grawitacyjnej. Nie jest to robota budowlana o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą, ponieważ jest ofertą z najniższą ceną. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analizując dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do zarzutów stawianych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że Odwołujący prawidłowo przytoczył w odwołaniu brzmienie warunku udziału w postępowaniu ustalone w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy. Prawidłowo przedstawiono również przebieg badania i oceny ofert, w tym wezwania, które do wykonawców i podmiotów trzecich wystosował Zamawiający.

Na początku rozważań podkreślenia wymaga, że zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota opisanego konkretnego warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Takie opisanie warunku udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego, w tym wniosek, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu na obecnym etapie oraz złożył nieprawdziwe informacje musi być uznana za nieuprawnioną.

Bez wątplenia Zamawiający wymagał wskazania dwóch zadań o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, tj. budowy sieci kanalizacyjnej z przyłączami o określonej wartości. Jak wynika z „Wykazu robót” znajdującego się w ofercie Odwołującego wykonał on robotę polegającą na budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bagno w gminie Zwierzyniec. Prawidłowe wykonanie tych robót potwierdzają referencje wystawione przez Burmistrza Miasta Zwierzyniec, z których wynika, że *wykonano kanały ciśnieniowe z rur PE o średnicy 110 mm, kanały ciśnieniowe z rur PE o średnicy 90 mm, kanały ciśnieniowe z rur PE o średnicy 75 mm, kanały ciśnieniowe z rur PE o średnicy 63 mm i kanały ciśnieniowe z rur PE o średnicy 40 mm oraz przydomowe pompownie ścieków z zasilaniem elektrycznym.*

Dokumenty te nie były dla Zamawiającego przekonujące, dlatego wykonawca został wezwany do ich uzupełnienia i wskazania, że wykonywał kanalizację sanitarną z przyłączami. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca Odwołujący przedstawił dodatkowe oświadczenie podpisane przez Burmistrza Miasta Zwierzyniec stwierdzające, że *w ramach zamówienia wykonano przyłącza kanalizacji sanitarnej z rur PE o średnicy 40 mm i długości 2530 mb w ilości 111 sztuk.* Wydawać by się mogło, iż było to jednoznaczne oświadczenie potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Dziwi zatem zachowanie Zamawiającego, który w dalszym ciągu wydawał się nieusatysfakcjonowany otrzymanymi wyjaśnieniami, nawet jeżeli było to oświadczenie samego kierownika Zamawiającego z miejscowości, w której wykonywano roboty (!) i postanowił dalej badać prawidłowość referencji, tym razem zwracając się samodzielnie do wystawcy referencji, co ciekawe z zupełnie innym pytaniem, niż to skierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dla odmiany Zamawiający uważał, że jakkolwiek odcinek kanalizacji nie został wykonany z rur PE o średnicy 160 mm, z której to średnicy rur będą wykonywane przyłącza kanalizacji do domów w przedmiotowym zadaniu. W zapytaniu proszono o jednoznaczne wskazanie, czy wykonawca wykonywał przyłącza kanalizacyjne. I tym razem Zamawiający otrzymał, w ocenie Izby, jednoznaczną odpowiedź, że *wykonawca M..... J..... wykonał 111 przyłączy ciśnieniowych indywidualnych o długości 2530 mb i średnicy 40 mm zakończonych indywidualnymi pompowniami z zasilaniem tych pompowni energią elektryczną. Wykonawca nie wykonywał odcinków przyłącza grawitacyjnego łączącego budynki z pompowniami.* Zdaniem Zamawiającego takie

wyjaśnienia świadczą o złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu i nie potwierdzają spełnienia warunku udziału.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego, zdaniem składu orzekającego, nie można się zgodzić.

Po pierwsze, to Zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny wobec tego być zaprezentowane w taki sposób, aby nie rodziły one wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy na obecnym etapie wybrać ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Jeżeli Zamawiający tak ustanowił warunki, że nie jest możliwe sprawdzenie poziomu ich spełniania przez poszczególnych wykonawców, lub co najmniej jest to wysoce utrudnione, to za powyższe odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał umiejętności w budowie sieci kanalizacyjnej z przyłączami. Dopiero na etapie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, że przez sformułowanie „przyłącze” należy rozumieć przyłącze kanalizacyjne, którego definicja znajduje się w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 roku o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Zdaniem Izby taka interpretacja warunku jest nieuprawniona. Jeżeli Zamawiający chciał, by wykonawcy posiadali doświadczenie w budowie przyłączy kanalizacyjnych w rozumieniu przywołanej ustawy, to takie zastrzeżenie powinien był umieścić w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Z brzmienia warunku wynika, iż Zamawiający oczekiwał doświadczenia przede wszystkim w budowie sieci kanalizacyjnej z przyłączami wykonanymi w jakiegokolwiek technice, bez względu na to czy będą to przyłącza ciśnieniowe, czy też przyłącza grawitacyjne. Dlatego też uznano, że wymienione przez Odwołującego w wykazie robót zadania i załączone do wykazu referencje, a także uzyskane w toku postępowania o udzielenie postępowania wyjaśnienia, zarówno od wykonawcy, jak też od Gminy Zwierzyniec potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie zachodzi konieczność przy ponownej ocenie ofert stosowania art. 26 ust. 3 lub 26 ust. 4 w zakresie przedstawionego doświadczenia.

Nie negując uprawnienia Zamawiającego, że może on mając wątpliwości co do wykazywanej roboty, wystąpić do odbiorcy roboty o wyjaśnienie, z zastosowaniem regulacji

zawartej w § 1 ust. 5 rozporządzenia o dokumentach, stwierdzić należy, że ocena otrzymanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień i dodatkowych informacji była nieprawidłowa. Podzielić także należy stanowisko wyrażone w odwołaniu, poparte licznym orzecnictwem i podzielane przez doktrynę o charakterze i funkcji referencji, że te ostatnie służą potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia, nie muszą powielać, czy też potwierdzać informacji wynikających z wykazu robót o zakresie zadania.

Zamawiający nie przedstawił więc żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwoliłyby stwierdzić, że po pierwsze Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a po drugie złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia. Zamawiający nie wskazał i nie przedstawił dowodów, na czym owo świadome i celowe działanie bądź też zaniechanie Odwołującego miałyby polegać. Wszystkie złożone dokumenty, na podstawie których Zamawiający wyrokował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia są ze sobą spójne. Oświadczenia złożone przez Burmistrza Miasta Zwierzyniec są jednoznaczne, nie zawierają żadnych sprzeczności, nie znajdują się także w opozycji do informacji wynikających z wykazu robót zamieszczonego w ofercie wykonawcy. Nie sposób domyślić się na czym owo złożenie nieprawdziwych informacji, czy też próba wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę miałyby polegać i w jakim miejscu oferty lub złożonych wyjaśnień wykonawca mija się ze stanem faktycznym.

Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji, stwierdzając, że Odwołujący został nieprawidłowo wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a jego ofertę nieprawidłowo uznano za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Przy nakazanym ponownym badaniu i oceny ofert w postępowaniu,

Zamawiający winien przy tej ocenie uwzględnić ofertę Odwołującego, w tym znajdujące się w niej dokumenty i oświadczenia oraz dokumenty otrzymane w wyniku prowadzonego postępowania wyjaśniającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: