

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Rzońca

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu **22 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Beatę Ciućka prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. Fart-Bud Beata Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała** oraz **Tomasza Ciućka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. Fart-Trans Consulting Tomasz Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Tychy – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, ul. Filaretów 31, 43-100** protestu z dnia **18 marca 2010 r.**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Tychy – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, ul. Filaretów 31, 43-100 Tychy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Beatę Ciućka prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. Fart-Bud Beata Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała oraz Tomasza Ciućka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. Fart-Trans Consulting Tomasz Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Tychy – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, ul. Filaretów 31, 43-100 Tychy** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Beaty Ciućka prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. Fart-Bud Beata Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała oraz Tomasza Ciućka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. Fart-Trans Consulting Tomasz Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Beaty Ciućka prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. Fart-Bud Beata Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała oraz Tomasza Ciućka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. Fart-Trans Consulting Tomasz Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała.**

U z a s a d n i e

Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych z siedzibą w Tychach będący zakładem budżetowym Gminy Tychy, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z ze. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na opracowanie projektu budowlano-wykonawczego wraz z wykonaniem zaprojektowanych robót dla zadania pn.:

Termomodernizacja budynku mieszkalnego – wielorodzinnego Wspólnoty Mieszkaniowej nr 40/II w Tychach przy ul. Bibliotecznej 30-34”.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 28 stycznia 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 28 stycznia 2010r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 19465-2010, zmienione w dniu 18 lutego 2010 r. ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 33819-2010.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Beata Ciućka prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. Fart-Bud Beata Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała oraz Tomasz Ciućka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. Fart-Trans Consulting Tomasz Ciućka, ul. Narciarska 19a, 43-300 Bielsko-Biała zwany dalej „Odwołującym”, zostali w dniu 11 marca 2010 r. (pismo z tej samej daty przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną) zawiadomieni przez Zamawiającego, iż ofertę najkorzystniejszą na realizację zamówienia za cenę 490 928 zł. brutto złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia – Bronisław Józef Malik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany z siedzibą przy ul. Szafirków 9, 43-100 Tychy oraz Dorota Danuta Malik prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Malbud z siedzibą przy ul. Hierowskiego 23-25, 43-100 Tychy zwanych dalej „konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud”.

Tym samym pismem Zamawiający poinformował Odwołującego, iż nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zatem został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w konsekwencji czego jego oferta została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Odwołujący wniósł pismem z dnia 18 marca 2010 r. protest (przesłany do Zamawiającego tego samego dnia drogą elektroniczną) wobec czynności podjętych przez Zamawiającego tj. wobec:

-wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w sytuacji braku podstaw do wykluczenia,

-wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud w sytuacji, gdy oferta ta winna ulec odrzuceniu.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

-wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty z naruszeniem przepisów ustawy polegającym na oparciu rozstrzygnięcia w tym zakresie na nieprecyzyjnym zapisie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego interpretacja przyjęta przez Odwołującego jest równie uprawniona, jak Zamawiającego,

-wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy polegającym na zaniechaniu wykluczenia oraz odrzucenia oferty konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud w sytuacji, gdy podmiotowość prawna, a zatem zdolność do bycia wykonawcą drugiego z członków konsorcjum nie wynika z treści złożonej ofert, a nadto na okoliczność spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia OC wykonawca ten przedłożył wniosek o zawarcie umowy ubezpieczenia (bez dowodu opłacenia składki, co warunkuje odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń).

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

-unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,

-unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud,

-powtórzenie czynności oceny złożonych ofert,

-odrzućenie oferty złożonej przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud,

-wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wykluczył go z postępowania, gdyż w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie uzupełnił w wymaganym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu wykonanych robót budowlanych, który potwierdzałby pełen zakres wymaganych w specyfikacji robót. Nie zgodził się z Zamawiającym, iż wykluczenie go z postępowania było konieczne, gdyż *„spełnienie warunku udziału w postępowaniu winno być wykazane (...) w złożonym przez Wykonawcę wykazie wykonanych robót, czyli dokumencie prywatnym, będącym oświadczeniem wiedzy Wykonawcy. (...)zakres wykonanych przez wykonawcę robót nie powinien wynikać z przedstawionych referencji, gdyż referencje te składane są w zupełnie innym celu, mianowicie mają potwierdzać jedynie, że roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie zostały zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone, (...) referencje mają jedynie umożliwić Zamawiającemu stwierdzenie, że określone roboty (wskazane w wykazie) zostały wykonane prawidłowo. Dlatego też załączone do wykazu szczegółowe referencje nie zwalniają Zamawiającego z obowiązku dokonania oceny załączonego wykazu zgodnie z treścią sformułowanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu”*. Odwołujący podniósł, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „siwz”) nie określała szczegółowości wykazu robót budowlanych. Uznał więc w konsekwencji za nieuzasadnione twierdzenia Zamawiającego, jakoby wykazanie odpowiedniego doświadczenia możliwe było jedynie poprzez szczegółowe opisanie w wykazie zrealizowanych robót. Na poparcie swych twierdzeń odniósł się do postanowień siwz, z których wynika, iż w wykazie zrealizowanych robót należy wskazać co najmniej dwie roboty obejmujące swym zakresem opracowanie projektu budowlano-wykonawczego wraz ze zrealizowaniem zaprojektowanych robót budowlanych w zakresie wykonania w jednym budynku ocieplenia ścian zewnętrznych w technologii lekko - mokrej łącznie z wymianą stolarki okiennej, o powierzchni wykonanego ocieplenia nie mniejszej niż 1400 m² i wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 240 000,00 zł (brutto). Stwierdził, iż z siwz nie wynika, iż w wykazie tym ma być szczegółowo wymieniony zakres robót. W ocenie Odwołującego oznacza to, że wskazując w wykazie dwie roboty o odpowiednim zakresie i jednocześnie załączając dodatkowy dokument, z którego wynika

zakres szczegółowy – wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu. Argumentował, iż za przyjęciem prezentowanej przez niego interpretacji siwz przemawia także redakcja oraz forma graficzna załącznika do oferty pn. „Wykaz wykonanych robót o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia”. Załącznik ten zawiera elementy szczegółowe, o które Zamawiający opisuje: „Powierzchnia ocieplenia ścian zewn. w technologii lekkomokrejm²” – kolumna 07 czy „Wartość zrealizowanych robót w zł (brutto)”- kolumna 08 i te pola wypełnił zgodnie z ich opisem. Natomiast ogólny opis kolumny „Przedmiot robót”, przy jednoczesnej małej ilości miejsca na wskazanie w tabeli – determinował, zdaniem Odwołującego, ogólną odpowiedź, która potwierdzona była szczegółowym wykazem robót w referencji.

Odnosząc się do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud Odwołujący podniósł, iż przywołane konsorcjum winno zostać wykluczone, zaś jego oferta powinna zostać odrzucona, gdyż jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – jak wynika z oferty – jest „P.H.U. Malbud”. Argumentował, iż nie ma w systemie prawa polskiego takiego podmiotu prawa, któremu odpowiadałoby oznaczenie „P.H.U. Malbud”. Wywodził, iż przepis art. 2 pkt 11 ustawy wskazuje, iż wykonawcami mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. W przypadku osoby fizycznej – jak wynika z art. 43¹ kc firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko plus ewentualnie dodatek w granicach prawem przewidzianych. Zatem członek konsorcjum oznaczony jako „P.H.U. Malbud” nie może być traktowany jako wykonawca w rozumieniu ustawy.

Odwołujący zakwestionował także spełnienie przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud wymogu posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę minimum 450000 zł. potwierdzonego opłaconą polisą lub innym dokumentem. Wskazał, iż polisa przedłożona przez zwycięskie konsorcjum wymagania tego nie spełnia, gdyż złożona wraz z ofertą konsorcjum polisa została podpisana w dniu 9 listopada 2009 r., natomiast składka miała być zapłacona do dnia 20 listopada 2009r.

Do protestu po stronie Zamawiającego pismem z dnia 22 marca 2010 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego w tym samym dniu) przystąpiło konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud.

Zamawiający pismem z dnia 29 marca 2010r.(przekazanym mailem Odwołującemu oraz konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud) odrzucił na podstawie przepisu art. 180 ust. 7 ustawy protest w części dotyczącej zarzutu bezprawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty uznając, iż został on złożony w tym zakresie z uchybieniem terminu. Zamawiający przyjął, iż Odwołujący po otrzymaniu w dniu 2 marca 2010r. wezwania w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, nie oprotestował czynności wezwania w terminie, który minął dnia 9 marca 2010r. Niezależnie od powyższego odniósł się merytorycznie do sprawy wskazując, iż referencje są dokumentem, które mogą wyłącznie służyć potwierdzeniu przez wykonawców, iż przedstawione w wykazie zrealizowanych prac roboty zostały wykonane należycie. W jego ocenie szczegółowy opis zrealizowanych robót, w zakresie wymaganym do wykazania, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, powinien wynikać tylko i wyłącznie z wykazu zrealizowanych prac.

W pozostałym zakresie Zamawiający oddalił protest podnosząc, iż zarzuty dotyczące oferty uznanej za najkorzystniejszą są nieuzasadnione. Wskazał, iż podanie skrótowej nazwy jednego z wykonawców tj. P.H.U. Malbud należy potraktować jako uchybienie formalne, nie mające istotnego znaczenia dla prawidłowości oznaczenia wykonawcy i złożonej przez niego oferty. Zarówno na podstawie pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, jak i załączonego do oferty zaświadczenia o wypisie do ewidencji działalności gospodarczej można ustalić, kto jest wykonawcą. Odnosząc się do braku prawidłowej polisy OC wyjaśnił, iż wykonawca, wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, brak ten uzupełnił.

W konsekwencji ww. stanowiska Zamawiającego Odwołujący nadał w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 3 kwietnia 2010 r. datowane na dzień 2 kwietnia 2010r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a kopię odwołania przekazał w tym samym dniu mailem Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania, zgłoszone w proteście z wyjątkiem zarzutu dotyczącego braku załączenia przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud. prawidłowej polisy OC.

Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu – mimo prawidłowego wezwania do udziału w postępowaniu odwoławczym - nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż zgodnie przepisem z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a taką wartość ma niniejsze postępowanie, odwołanie odrzuca się, jeśli dotyczy ono innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy. Przywołany przepis wskazuje, iż w przypadku wskazanych w nim postępowań odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty. Przy czym wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie oferty dotyczy tylko sytuacji odwołującego się, a nie innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą nie mogą być przez Izbę rozpoznane.

Wobec nie stwierdzenia przesłanek odrzucenia odwołania w odniesieniu do pozostałych zarzutów, w ich zakresie odwołanie podlega rozpoznaniu. W szczególności należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, a dotyczących uchybienia przez Odwołującego terminowi na wniesienie protestu na czynność wezwania wykonawcy do uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, protest został wniesiony w terminie.

Izba wskazuje, iż w ustawie brak jest samoistnej przesłanki wykluczenia z postępowania z powodu nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp. Jak wynika z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba przyjmując odwołanie do rozpoznania podkreśla, że Odwołujący wniósł protest zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy, tj. w terminie liczonym od powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Fakt uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które Zamawiający uznał za wadliwe, i których brak uznał następnie za podstawę wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, jest dla powyższego bez znaczenia, a przyjmowanie, iż jest początkiem biegu terminu do wnoszenia środków ochrony prawnej zmierzających

do ustalenia istnienia podstaw do wykluczenia, jest przedwcześnie, a także nie służy realizacji zasady koncentracji środków ochrony prawnej w ramach postępowania (część wykonawców uzyskiwałaby rozstrzygnięcie, co do podstaw ich wykluczenia czy odrzucenia oferty na innym etapie postępowania niż pozostali – jeszcze przed uzyskaniem informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1 Pzp). Początek biegu terminu na oprotestowanie wykluczenia, jak i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy wzywanego do uzupełnienia dokumentów, nie jest tożsamy z terminami na wnoszenie protestu dotyczącego samej czynności wezwania. Termin na wniesienie protestu zaczyna biec od momentu wystąpienia okoliczności stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie samego dokonanie czy zaniechania czynności, których protest dotyczy. Zatem konieczne jest każdorazowe właściwego ustalenie i nazwanie „*okoliczności stanowiących podstawę wniesienia*” danego protestu. W przedmiotowym przypadku okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia protestu nie jest to, iż Zamawiający ocenił dokumenty przedłożone przez wykonawcę w określony sposób i dał temu wyraz w czynności wezwania do ich uzupełnienia, ale fakt, że Zamawiający w związku z oceną przedłożonych dokumentów wykluczył wykonawcę z postępowania. O wykluczeniu z postępowania oraz o podstawach faktycznych i prawnych Odwołujący dowiedział się z chwilą otrzymania informacji o powyższym, tj. w dniu 11 marca 2010r., a nie w momencie otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów, tj. w dniu 2 marca 2010r. Tym samym protest Odwołującego w tym zakresie należało uznać za wniesiony w terminie.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp. Uzasadnieniem dla wnoszenia środków ochrony prawnej jest bowiem zapewnienie prawidłowości postępowania Zamawiającego, prowadzące do zawarcia ważnej umowy, nawet jeżeli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą. Odwołujący wciąż posiada status wykonawcy, bowiem nie został skutecznie wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Jest zatem zainteresowany uzyskaniem zamówienia i ma wciąż potencjalnie taką możliwość np. w okolicznościach wskazanych w przepisie art. 94 ust. 3 Pzp, tj. w sytuacji gdy wykonawca wybrany do realizacji zamówienia odmówi podpisania umowy.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 28 stycznia 2010r. tj. przed datą wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

(Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie projektu budowlano-wykonawczego wraz z wykonaniem zaprojektowanych robót dla zadania pn.: Termomodernizacja budynku mieszkalnego – wielorodzinnego Wspólnoty Mieszkaniowej nr 40/II w Tychach przy ul. Bibliotecznej 30-34. W siwz Zamawiający opisał, w jaki sposób będzie oceniał wynikający z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. W rozdziale VI pkt 1 siwz postanowił, iż wykonawca na potwierdzenie ww. warunku zobowiązany jest wykazać, iż *„w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej co najmniej dwie roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia”*. Dalej doprecyzował, iż należy *„wykazać co najmniej dwie roboty zrealizowane w ramach odrębnych umów polegające na opracowaniu projektu budowlano-wykonawczego wraz ze zrealizowaniem zaprojektowanych robót budowlanych w zakresie wykonania w jednym budynku ocieplenia ścian zewnętrznych w technologii lekko - mokrej łącznie z wymianą stolarki okiennej, o powierzchni wykonanego ocieplenia nie mniejszej niż 1400 m² i wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 240 000,00 zł (brutto). (W przypadku podmiotów występujących wspólnie warunek ten Wykonawcy mogą spełniać łącznie lub co najmniej jeden z Wykonawców)”*. Na potwierdzenie przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał w Rozdziale IV pkt II1.1.1 siwz, aby wraz z ofertą wykonawcy złożyli *„wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, w którym należy wykazać co najmniej dwie roboty zrealizowane w ramach odrębnych umów, obejmujące opracowanie projektu budowlano- wykonawczego wraz ze zrealizowaniem zaprojektowanych robót budowlanych w zakresie wykonania w jednym budynku ocieplenia ścian zewnętrznych w technologii lekko - mokrej łącznie z wymianą stolarki okiennej, o powierzchni wykonanego ocieplenia nie mniejszej niż 1400 m² i wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 240 000.00 zł (brutto). Do wykazu należy*

dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykaz wykonanych robót budowlanych o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia natęży sporządzić wg wzoru druku stanowiącego załącznik do SIWZ". Wzór obejmuje przede wszystkim tabelkę, w której Zamawiający wymagał podania – jak wynika z opisu pól – odbiorcy robót (nazwa i adres), terminu rozpoczęcia i zakończenia prac, miejsca wykonania robót, przedmiotu robót, powierzchni ocieplenia ścian zewnętrznych w technologii lekko-mokrej w m² (należało podać ilość) oraz wartość zrealizowanych robót w złotych polskich brutto.

Uwzględniając powyższe postanowienia siwz oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący, który w celu wykazania, iż spełnia wyżej omówiony warunek udziału w postępowaniu załączył do oferty „Wykaz wykonanych robót o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia”, zgodnie ze wzorem zawartym w siwz. W pozycji „Przedmiot robót” podał, że prace dotyczą „modernizacji budynku nr 3 IFJ PAN w Krakowie” oraz w kolejnym wierszu, że dotyczą „modernizacji budynku nr 4 IFJ PAN w Krakowie”. Uzupełnił pozostałe rubryki tabeli o odpowiednie dane. Przedłożył także referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówień. W referencjach wystawionych przez Instytut Fizyki Jądrowej znalazł się także szczegółowy opis zrealizowanych prac, które obejmowały wykonanie projektów budowlano - wykonawczych m.in. w zakresie termomodernizacji elewacji oraz roboty ogólnobudowlane w tym termomodernizację elewacji techniką lekko-moką na wymaganej powierzchni oraz wymianę stolarki okiennej i drzwiowej.

Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2010r. zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany oraz P.H.U. Malbud. Jednocześnie poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, iż „spełnienie warunku udziału w postępowaniu winno być wykazane (...) w złożonym przez Wykonawcę wykazie wykonanych robót, czyli dokumencie prywatnym, będącym oświadczeniem wiedzy Wykonawcy. (...)zakres wykonanych przez wykonawcę robót nie powinien wynikać z przedstawionych referencji, gdyż referencje te składane są w zupełnie innym celu, mianowicie mają potwierdzać jedynie, że roboty wskazane przez Wykonawcę w wykazie zostały zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone, (...) referencje mają jedynie umożliwić Zamawiającemu stwierdzenie, że określone roboty (wskazane w wykazie) zostały wykonane prawidłowo. Dlatego też załączone do wykazu szczegółowe referencje nie zwalniają Zamawiającego

z obowiązku dokonania oceny załączonego wykazu zgodnie z treścią sformułowanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu”.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy Odwołujący był uprawniony, w świetle treści siwz oraz ustawy, aby potwierdzić spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia nie tylko na podstawie wymaganego przez Zamawiającego wykazu zrealizowanych prac, ale także uwzględniając treść przedłożonych wraz ofertą referencji. Analiza stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż Odwołujący należycie wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w siwz przez Zamawiającego.

W ocenie Izby nie może być wątpliwości, iż wykaz zrealizowanych robót został przez Odwołującego sporządzony prawidłowo. Wszystkie rubryki zostały wypełnione zgodnie ze wzorem załączonym do siwz. W pozycji „Przedmiot robót” co prawda brak jest szczegółowego opisu zrealizowanych prac, jednak wynika on z załączonych referencji. Ponadto, jak słusznie podnosił Odwołujący, w siwz Zamawiający nie określił, jak szczegółowe mają być informacje podane w wykazie zrealizowanych robót. Za trafne należy uznać stanowisko Odwołującego, iż wykonawcy zobowiązani byli „wykazać” spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem przedstawić dowody (wykaz wraz z referencjami) potwierdzające wykonanie określonych robót, ich wartości, zakresu itd.

Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, iż rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakiej te dokumenty mogą być składane wymaga wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wyłącznie na podstawie wykazu zrealizowanych prac. W §1.1 przywołanego rozporządzenia – jak wynika z jego literalnego brzmienia – wymienione są dokumenty, których zamawiający może żądać „w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy”. Wśród nich w pkt. 2 znajdujemy wykaz „robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (...)” wraz z dokumentem potwierdzającym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zatem w treści postanowień ww. rozporządzenia nie znajduje potwierdzenia argumentacja Zamawiającego, że wyłącznie wykaz zrealizowanych robót umożliwia wykonawcom „wykazanie” spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Ustawa oraz ww. rozporządzenie nie dają także podstaw do przyjęcia wyrażanego przez Zamawiającego poglądu, że wykaz zrealizowanych zamówień, będący oświadczeniem wiedzy wykonawcy jest *ex definitione* dokumentem bardziej wiarygodnym, niż wystawiane przez podmiot nie będący uczestnikiem postępowania referencje. Stanowisko to tym bardziej jest niezasadne, że obydwie dokumenty są oświadczeniami wiedzy o statusie dokumentów prywatnych. Co więcej, wydaje się, iż potwierdzenie przez innego zamawiającego należytego wykonania prac ze szczegółowym ich opisem, może być uznane za bardziej wiarygodne, niż oświadczenie złożone przez zainteresowanego wynikiem postępowania wykonawcę. Ustawa w tym zakresie jednak nie dokonuje żadnej gradacji. Dodatkowo trzeba wskazać, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości czy to do treści dokumentów składanych przez wykonawców czy też referencji zamawiający mają możliwość wyjaśnienia ich treści.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący przedkładając wykaz zrealizowanych robót wypełniony zgodnie ze wzorem załączonym do siwz oraz referencje, których treści Zamawiający nie kwestionował, wykazał należycie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanej wiedzy i doświadczenia, zatem nie została spełniona przesłanka uprawniająca Zamawiającego do wykluczenia go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji oferta Odwołującego nie powinna zostać uznana za odrzuconą.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....