

Sygn. akt: KIO/UZP 1257/08

**WYROK**  
**z dnia 21 listopada 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ <sup>rozprawie</sup> w dniu ~~w dniach~~ 21.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wójt Gminy Mszana Dolna, 34-730 Mszana Dolna, ul. Spadochroniarzy 6** protestu ~~protestów~~ z dnia 17.10.2008 r.

przy udziale wykonawcy ..... zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Wójt Gminy Mszana Dolna, 34-730 Mszana Dolna, ul. Spadochroniarzy 6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wójt Gminy Mszana Dolna, 34-730 Mszana Dolna, ul. Spadochroniarzy 6** na rzecz **Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*Budowa odcinków chodnika z zatokami i przejściami dla pieszych przy drodze wojewódzkiej nr 968 Lubień - Zabrzeż w miejscowości Kasinka Mała*”, zostało wszczęte przez Gminę Mszana Dolna, ul. Spadochroniarzy 6, 34-730 Mszana Dolna zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem ogłoszenia: 223015-2008 w dniu 17.09.2008 r.

W dniu 13.10.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum Firm: Lider Transwiertel sp. z o.o. 33-312 Tęgoborze, Świdnik 58, Partner: Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. Sarata, J. Sarata, 33-300 Nowy Sącz, ul. Magazynowa 7 zwanej dalej: „*Konsorcjum Transwiertel*”. Ponadto, informując o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „*Pzp*” oferty złożonej przez Firmę Handlowo -

Usługową INSTBUD Stanisław Boguta, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów zwaną dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym”.

W tym samym dniu Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty. Wskazał, iż zgodnie z wymaganiami Rozdz. 10 ust.1 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, jako warunek dopuszczający do udziału w postępowaniu Wykonawca miał udokumentować iż w okresie ostatnich pięciu lat zrealizował co najmniej jedno zamówienie, odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia a wartość zamówienia nie mogła być mniejsza niż kwota zawarta w ofercie. Na podstawie załączonego wykazu wykonanych robót w ofercie oraz załączonych referencji, Zamawiający stwierdził, że żadne zadanie nie odpowiada warunkom wymaganym w SIWZ. Wg załączonego wykazu, wartościowo warunkom wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ odpowiadało jedynie wykonanie robót dla Hochtief Polska -roboty ziemne i drogowe na obiekcie „Saint-Gobain Glass” w Dąbrowie Górniczej (szczegółowy zakres robót stanowią załączone referencje) za kwotę 3.599.000,00 zł. Z uwagi na fakt, iż list referencyjny nie określał zakresu robót jakie Wykonawca wykonał, Zamawiający, jak stwierdził, pismem z dnia 09.10.2008 r. zwrócił się do HOCHTIEF POLSKA o szczegółowy zakres robót wg. zawartej umowy nr 96/066/2006 z Firmą INSTBUD. W dniu 10.10.2008 r. Zamawiający otrzymał pismo, iż zakres robót obejmował wykonanie:

- kompleksowe wykonanie sieci kanalizacji deszczowej wraz z wymaganymi próbami oraz wykonanie odcinka zewnętrznego 525 m rurociągu wody przemysłowej wraz z przewiertami,
- montaż kompletnych studni kanalizacyjnych i wpustów ulicznych usytuowanych w drogach,
- wykonanie wymiany gruntu wraz z zagęszczeniem pod konstrukcje drogowe na trasach rurociągów,
- wykonanie przewiertu pod drogą zakładową oraz przewiertu pod torami kolejowymi,
- wykonanie sieci wody przemysłowej DN 400 na terenie zakładu,
- montaż studni wodomierzowej,
- wykonanie sieci elektrycznej na potrzeby przekazywania danych meteorologicznych.

Z powyższego wynika, jak wskazał Zamawiający, iż zakres robót nie pokrywa się z przedmiotem zamówienia Zamawiającego, są to roboty kanalizacyjne, natomiast brakuje wykazania doświadczenia w robotach drogowych. Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie obustronnego chodnika na odcinku 3300 mb wraz z przejazdami pow. 5410 m<sup>2</sup> z kostki brukowej wraz z robotami towarzyszącymi zgodnie z przedmiarem robót, stanowiącym integralną część SIWZ.

W dniu 17.10.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 179 ust.1 oraz 180 ust. 1 Pzp Protestujący wniósł protest dotyczący czynności oraz zaniechanie czynności dokonanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności na odrzucenie naszej oferty z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zdaniem Protestującego, podstawą prawną do wniesienia protestu jest:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 2,
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Protestujący stwierdził również, iż Zamawiający błędnie dokonał oceny ofert złożonych przez Wykonawców. Przez czynność Zamawiającego polegającą na bezpodstawne odrzucenie jego firmy, stracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym uzyskania korzyści finansowych wynikających z faktu realizacji zadania. Wniósł także o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
2. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego,
3. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Po pierwsze, Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Protestującego był art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający, jak wskazał Protestujący, podniósł w swojej wypowiedzi, że: *„zgodnie z wymaganiami SIWZ rozdział 10 ust. 1 pkt 2 jako warunek dopuszczający do udziału w postępowaniu Wykonawca miał udokumentować iż w okresie ostatnich pięciu lat zrealizował co najmniej jedno zamówienie, odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia a wartość zamówienia nie mogła być mniejsza niż kwota zawarta w ofercie. Na podstawie załączonego wykazu wykonanych robót w ofercie oraz załączonych referencji żadne zadanie nie odpowiada warunkom wymaganym w SIWZ”*.

Zdaniem Zamawiającego, jak podniósł Protestujący, przedstawiony wykaz wykonanych robót oraz załączone referencje nie są wystarczające by spełniać wymagane warunki. Protestujący stwierdził, iż zgodnie z rozdz. 10 pkt. 2 SIWZ Wykonawca winien udokumentować posiadanie niezbędnej wiedzy oraz doświadczenia - charakteryzujące się wykonaniem w ostatnich pięciu latach co najmniej jednym zamówieniem, o wartości nie mniejszej niż kwota zawarta w ofercie złożonej przez wykonawcę. Wykazane roboty muszą być potwierdzone i udokumentowane listami referencyjnymi, że zostały wykonane z należytą starannością. Jego zdaniem, spełnił wymogi SIWZ, ponieważ załączył do oferty wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat robót budowlanych oraz dołączyliśmy dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. Zgodnie z art. 25 Pzp oraz zgodnie

z art. 1 ust.2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Rozporządzenie w/w wyraźnie stwierdza, że dokumenty potwierdzające wykonanie robót muszą być potwierdzone, że zostały wykonane należycie.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający w SIWZ nie określił jasno i precyzyjnie jaki rodzaj i zakres robót należy przedstawić (nie określił jaki zakres robót będzie brał pod uwagę) więc nie słusznie odrzuca naszą ofertę. Zamawiający żądając wykazu wykonanych robót budowlanych nie określił żadnych konkretnych wymagań co do ilości i wartości robót budowlanych, które powinny zostać przedstawione w wykazie, jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do doświadczenia Wykonawcy. Stosowanie do powyższego, zdaniem Protestującego, spełnia warunek Zamawiającego,

Niemniej jednak, zdaniem Protestującego, załączył prawidłowe referencje wystawione przez firmę Hochtief: „roboty ziemne i drogowe” na obiekcie SAINT-GOBAIN GLASS w Dąbrowie Górniczej, ponieważ referencje te odpowiadają zapisom SIWZ. Referencje zgodnie z wykazem robót opiewają na wartość większą niż cena ofertowa brutto, i posiadają potwierdzenie, że zostały wykonane należycie. Zamawiający jeżeli miał wątpliwości powinien zastosować art. 26 ust. 4 Pzp i wezwać nas do złożenia wyjaśnień - czego nie zrobił postępując nie zgodnie z Pzp.

Poza tym, Protestujący stwierdził, iż wymóg Zamawiającego załączenia przez Wykonawców takich samych referencji co przedmiotowe zadanie nie zachowuje uczciwej konkurencji i nie równo traktuje wszystkich wykonawców, ponieważ firmy poznały wartość robót jakie miały wskazać w referencjach dopiero po określeniu swojej ceny ofertowej brutto (sporządzenie kosztorysu ofertowego). W tym przypadku ogranicza to znaczną ilość oferentów ubiegających się o takowe zamówienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego, ponieważ jego referencje nie zawierają pełnego zakresu robót odpowiadającego przedmiotowemu zadaniu. W tym przypadku Zamawiający powinien, także odrzucić, jego zdaniem, firmę Transwierter, 33-312 Tęgoborze, ponieważ w jedyne referencjach odpowiadającym wartościowo nie ma w zakresie przewiertów, a wskazany Wykonawca nie uwzględnił podwykonawców do realizacji zadania. Przewierty, jak podniósł Protestujący, są bardzo wartościową robotą i w tym zadaniu daje znaczącą kwotę. W rezultacie również oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na tej samej podstawie co oferta Protestującego.

Ponadto, Protestujący zauważył, iż nie ma identycznych robót budowlanych zarówno pod względem wartościowym, a także rodzajem i zakresem rzeczowym. Z uwagi na przedmiot zamówienia przedstawiony przez Zamawiającego, który obejmował między innymi: „- wykonanie robót ziemnych, wykonania nasypów, wykonanie kanalizacji opadowej, montaż studni, montaż wpustów ulicznych, wykonanie przewiertów, wykonanie

*przykanalików, wykonanie robót budowlanych, drenaży roboty przygotowawcze i wykończeniowe, wykonanie korpusu drogi - podbudowy pod nawierzchni*"; które dają kwotowo i rzeczowo około 70% w stosunku do całego zamówienia.

Ewidentnie widać z powyższego, zdaniem Protestującego, że przygotowanie całej konstrukcji chodnika jest najważniejsza w wykonywaniu takowych zadań, a już samo ułożenie kostki brukowej jest zadaniem końcowym wręcz towarzyszącym. Z załączonego wykazu wykonanych robót i referencji ewidentnie widać, że Protestujący dysponuje niezbędnym doświadczeniem. Wykonywane roboty dla firmy Hochtief potwierdzają doświadczenie w realizacji robót o wymaganej przez Zamawiającego wartości i rodzaju robót, ponieważ przy budowie inwestycji: „*Saint Gobain Glass w Dąbrowie Górniczej*” oprócz wykonywania robót kanalizacyjnych Protestujący brał czynny udział przy wykonywaniu robót nawierzchniowych, dróg technologicznych. Ponadto, roboty wykonywane dla Miasta i Gminy w Myślenice całościowo odpowiadają rodzajowi i zakresowi robót, a nie znacząco odbiegają cenowo w stosunku do całości zamówienia, co również potwierdza zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia. Także pozostałe roboty przedstawione w wykazie obrazują przedmiotowy rodzaj i zakres robót nie odbiegający ilościowo od ofertowego. Referencje wykonywanych robót potwierdzają, że Protestujący jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie i spełnia wymagane warunki.

Podkreślił, iż specjalizuje się w wykonywaniu tego rodzaju robót, o czym świadczą wszystkie załączone referencje. Natomiast, wymaganie tej samej kwoty co cena ofertowa brutto nie znajduje uzasadnienia, ponieważ na rynku polskim wartości tych samych robót budowlanych ciągle się zmieniają. Wskazał również w ofercie, że zamówienie wykona samodzielnie bez udziału podwykonawców, co również potwierdza gotowość do realizacji przedmiotowego zadania.

Ponadto, Protestujący wskazał, iż analizując ofertę firmy MK-BUD, 32-722 Królówka stwierdził, że Zamawiający błędnie dokonał sprawdzenia tej oferty. Wykonawca ten nie zastosował się do wymagań rozdz. 10 ust. 1 pkt 2 SIWZ, więc nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i jego oferta powinna być odrzucona. W wykazie wykonanych robót tego oferenta brak zadań odpowiadających wartościowo cenie ofertowej brutto, więc oferta powinna być odrzucona. W tym przypadku Zamawiający nie równo traktuje Wykonawców, ponieważ odrzucił ofertę Protestującego na tej podstawie, w odróżnieniu od oferty firmę MK - BUD.

W dniu 17.10.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 23.10.2008 r. poprzez jego oddalenie. Zamawiający zważył co następuje: Po pierwsze, Protestujący oparł protest na art. 89 ust. 2 Pzp, który to przepis został uchylony z dn. 25.05.2006 r., uznał, iż chodziło o art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp dotyczącą treści SIWZ. Zamawiający nie uwzględnił protestu z następujących przyczyn:

Po pierwsze, Zamawiający stwierdził, iż wskazał w SIWZ wartości wymaganych robót. Przeczy temu treść: „*posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie - charakteryzujące się wykonaniem w ostatnich pięciu latach co najmniej jednym zamówieniem o wartości nie mniejszej niż kwota zawarta w ofercie złożonej przez wykonawcę*”.

Po drugie, Zamawiający wskazał wbrew twierdzeniom Protestującego wymagania co do rodzaju robót, które były wymagane w celu wykazania odpowiedniego doświadczenia, zapis SIWZ brzmiał: „*Wykazane roboty muszą być potwierdzone i udokumentowane listami referencyjnymi, że zostały wykonane z należytą starannością odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia*”. Określając rodzaj robót Zamawiający, jak wskazał odniósł się więc do przedmiotu zamówienia, który SIWZ został określony w następujący sposób: „*przedmiotem zamówienia jest wykonanie obustronnego chodnika od mostu na Rabie do granicy z Mszaną Dolną, na odcinku 3300 mb wraz z przejazdami pow. 5410 m<sup>2</sup>, chodniki z kostki brukowej gr. 6 cm - 90% szarej (pow. 1250m<sup>2</sup>), 10% kostki kolorowej, przejazdy kostka kolorowa gr. 8 cm, zgodnie z treścią PKD*”.

Tymczasem Protestujący, jak wskazał Zamawiający, przedstawił następujące referencje:

- kompleksowe wykonanie sieci kanalizacji deszczowej wraz z wymaganymi próbami oraz wykonanie odcinka zewnętrznego 525 m rurociągu wody przemysłowej wraz z przewiertami,
- montaż kompletnych studni kanalizacyjnych i wpustów ulicznych usytuowanych w drogach,
- wykonanie wymiany gruntu wraz z zagęszczeniem pod konstrukcje drogowe na trasach rurociągów,
- wykonanie przewiertu pod drogą zakładową oraz przewiertu pod torami kolejowymi,
- wykonanie sieci wody przemysłowej DN 400 na terenie zakładu,
- montaż studni wodomierzowej,
- wykonanie sieci elektrycznej na potrzeby przekazywania danych meteorologicznych.

Były to jedyne referencje, jak stwierdził Zamawiający, które mogły podlegać ocenie, albowiem pozostałe nie spełniały warunku dotyczącego wartości. Podkreślił, że Zamawiający z uwagi na nie określenie szczegółowo przez Wykonawcę rodzaju robót, których dotyczyły referencje był zmuszony bezpośrednio zwrócić się do HOCHTIEF Polska o uszczegółowienie referencji. Po analizie stwierdzono, że rodzaj robót wskazanych

w referencjach nie pokrywa się z rodzajem robót, których dotyczy zamówienie - robót podstawowych. Z referencji wynikało wykonanie prac, które w żaden sposób nie pokrywały się z budową ciągu chodnika, jedynie prace o charakterze kanalizacja i przewierty pokrywały się z niewielkim fragmentem prac towarzyszących. Nie mniej jednak ten rodzaj prac, w żaden sposób nie mógł być uznany za prace odpowiadające rodzajowi robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Tym samym Oferta Protestującego, z uwagi na jej treść nie odpowiadała treści SIWZ i jako taka podlegała odrzuceniu.

Odnośnie wniosku o odrzuceniu oferty TRANSWIERTEL sp. z o.o. Tęgoborze, Świdnik 58, Zamawiający stwierdził, iż jest on nie zasadny z uwagi na to iż Wykonawca spełnił wymogi Zamawiającego określone w rozdz. 10 m. in.: wykazał doświadczenie w wykonaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Brak w referencjach przewiertów nie jest argumentacją do odrzucenia oferty. W tym miejscu, Zamawiający wskazał na możliwość zastosowania urządzenia do przewiertów do wykonanie robót bez zrywania nawierzchni drogi i Firma TRANSWIERTEL wykazała posiadanie takiego urządzenia. Tego typu przewierty, jak podniósł Zamawiający, wykonuje się urządzeniem, które może być zamontowane do koparki jako część wyposażenia hydraulicznego obsługiwanej przez operatora tej koparki bez wymagań innych specjalistycznych uprawnień.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nie odrzucenia oferty MK-BUD Królówka, stwierdził że zarzut ten jest zasadny gdyż faktycznie Zamawiający błędnie dokonał sprawdzenia oferty i nie odrzucił jej z powodu naruszenia wymagań SIWZ. Nie mniej jednak z uwagi na zaoferowaną cenę nie odrzucenie oferty nie miało wpływu na wynik w postępowaniu, natomiast Protestujący w żądaniach nie zgłosił żądania odrzucenia oferty MK-BUD Królówka, a zatem nie było możliwości takiego słusznego żądania uwzględnić.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż podniesiona w uzasadnieniu protestu argumentacja, potwierdza konieczność odrzucenia oferty z uwagi na nie wykazaniu doświadczenia w wykonaniu robót rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

W dniu 27.10.2008 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak wskazał na podstawie art. 184 ust. 1 i 1a Pzp (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Oświadczał, że rozstrzygnięcie protestu otrzymał 23.10.2008 r., więc zgodnie z art. 184 ust 2 Pzp zachował termin na wniesienie odwołania.

Odwołujący się zarzuca Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza tj. oferty złożonej przez Konsorcjum Transwiertel.



2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez przyjęcie, że treść oferty składającego odwołanie nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego,  
3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez nie wybranie oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Stwierdził, że Zamawiający błędnie dokonał oceny ofert złożonych przez Wykonawców. Przez czynność Zamawiającego polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, stracił on możliwość uzyskania korzyści finansowych wynikających z faktu realizacji zadania. Wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
4. uwzględnienia odwołania.

Odwołujący podtrzymał argumentacje z protestu odnośnie niezasadności odrzucenia oferty. Zauważył, że zapis warunku odnośnie wymaganego doświadczenia jest nie precyzyjny i może być różnie interpretowany. Brak konkretnych zapisów w tym punkcie nie może być powodem odrzucenia poprawnej oferty. Każdy Wykonawca mógł inaczej zinterpretować ten zapis, więc Zamawiający nie powinien brać tego punktu SIWZ, jako podstawy do odrzucenia oferty, ponieważ nie dokładnie opisał ten punkt wpisując go nieściśle i niekonkretnie. Z zapisu wynika niejednoznaczność: pierwsze zdanie, w opinii Odwołującego, mówi że w wykazie musi być jedna robota o wartości nie mniejszej niż ofertowa, natomiast drugie zdanie mówi, że „*wykazane roboty*” czyli pozostałe roboty z wykazu muszą być potwierdzone referencjami, że zostały wykonane z należytą starannością. Odwołujący uważa, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu i treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, iż że Wykonawca musiał wykazać, że wykonywał w ciągu ostatnich 5 lat przynajmniej jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż kwota zawarta w ofercie - do czego Odwołujący się zastosował. Z dalszego wymogu wynika, że wykazane roboty muszą być potwierdzone i udokumentowane listami referencyjnymi, że zostały wykonane z należytą starannością - do czego również Odwołujący się zastosował (wszystkie wykazane roboty są potwierdzone referencjami).

Odwołujący podtrzymał także, iż referencje wystawione przez firmę Hochtief „*roboty ziemne i drogowe*” na obiekcie SAINT-GOBAIN GLASS w Dąbrowie Górniczej odpowiadają zapisom SIWZ, gdyż zgodnie z wykazem robót opiewają na wartość większą niż cena ofertowa brutto, i posiadają potwierdzenie, że zostały wykonane należycie. Z zapisu SIWZ bowiem wynika, że Wykonawca musi udokumentować że ma doświadczenie w wykonywaniu

robót o wartości większej niż kwota ofertowa, że jest w stanie finansowo prowadzić tak duże zadanie.

Odwołujący podtrzymał także zarzut względem wymóg Zamawiającego załączenia przez Wykonawców takich samych referencji, co przedmiotowe zadanie, przez co nie zachowuje uczciwej konkurencji i nie równo traktuje wszystkich wykonawców, ponieważ firmy poznały wartość robót jakie miały wskazać w referencjach dopiero po określeniu swojej ceny ofertowej brutto (sporządzenie kosztorysu ofertowego). Ponadto, Odwołujący stwierdził, iż odrzucenie jego oferty, ponieważ referencje nie zawierają pełnego zakresu robót odpowiadającego przedmiotowemu zadaniu jest nie zgodne z Pzp i Rozporządzeniem Prezesa RM w sprawie rodzaju dokumentów (...), ponieważ referencje mają być tylko potwierdzone, że roboty były wykonane należycie.

Odwołujący podtrzymał zarzut względem wybranej oferty, jako podlegającej odrzuceniu, z uwagi na nie uwzględnienie w zakresie uznanej przez Zamawiającego referencji przewiertów, przy jednoczesnym nie wykazaniu podwykonawców do realizacji zadania. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu w tym zakresie, Odwołujący stwierdził, że fakt posiadania przez Wykonawcę specjalnego urzędzenie, to nie to samo co wykonywanie tej czynności. Wykonawca mógł zakupić to urządzenie przed tą inwestycją nie mając doświadczenie w wykonywaniu tego typu robót więc nie jest w stanie wykonać tego zamówienia.

Ponadto ponowił, że nie ma identycznych robót budowlanych zarówno pod względem wartościowym a także rodzajem i zakresem rzeczowym.

Podkreślił także jak w proteście, iż specjalizuje się w wykonywaniu tego rodzaju robót o czym świadczy wykaz wykonywanych robót (wszystkie roboty odpowiadają zakresem przedmiotowego zadania) oraz wszystkie załączone referencje.

Odwołujący stwierdził także, iż Zamawiający nie równo traktuje wszystkich Wykonawców, ponieważ nie odrzucił firmy MK-BUD. Wyjaśnił, iż nie żądał odrzucenia oferty z uwagi na to, że nie miało by to wpływu na wynik postępowania. Przez podniesienie tego argumentu, chciał udowodnić że Zamawiający nie działa zgodnie z Pzp i nie traktuje na równi wszystkich wykonawców.

Ponadto pragniemy zauważyć, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający sam przeczy swoim decyzjom oraz bezpodstawnie oddała protest z uwagi na to, że Zamawiający był pewny, że protest złożony przez Odwołującego był ostatecznie rozstrzygnięty i nie przysługuje odwołanie, co podkreślił w pouczeniu rozstrzygnięcia protestu.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 28.10.2008 r. Zamawiający przesłał do Urzędu Zamówień Publicznych wnioszek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 184 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 2

ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Wskazał, iż Odwołujący oparł odwołanie na treści art. 184 ust. 1 i ust. 1a Pzp. Przepisy te wprowadziły możliwość wnoszenia odwołań od protestów dotyczących m.in. odrzucenia oferty w sytuacjach gdy zachodzi postępowanie o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący podniósł, że Rozstrzygnięcie Protestu otrzymał w dniu 23.10.2008 r. a zatem zgodnie z art.184 ust. 2 Pzp zachował termin na wniesienie odwołania. Powyższe stanowisko jest niezasadne, zdaniem Zamawiającego, w szczególności Odwołujący w zupełności nie uwzględnił treści art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy Pzp. Przepis ten wyraźnie stanowi, że do protestów wnoszonych od dnia: *„wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy Działu VI ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”*. A zatem stosowanie znowelizowanych przepisów art. 184 ust. 1, ust. 1a i ust. 2 jest możliwe jedynie w przypadku gdy odwołanie wnoszone w następstwie protestu wniesionego od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej Pzp.

Ustawa z dnia 04 września 2008 r. weszła w życie w dniu 24.10.2008 r., natomiast Odwołujący swój protest wniósł w dniu 17.10.2008 r., tym samym, zdaniem Zamawiającego, procedury na jakich jest prowadzone postępowanie w związku z wniesionym protestem są dokonywane w oparciu o przepisy sprzed nowelizacji. Odwołujący, w opinii Zamawiającego, mógłby skorzystać z nowych przepisów gdyby protest wniósł nie wcześniej niż w dniu 24.10.2008 r., co notabene w istniejącym stanie faktycznym i prawnym nie było możliwe.

Wobec powyższego, Zdaniem Zamawiającego, w świetle dotychczas obowiązujących przepisów Odwołującemu nie przysługiwało odwołanie z uwagi na to, że wartość zamówienia była niższa niż kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust.8 Pzp.

Jednocześnie, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie rozstrzygnięcia protestu i uprzedniego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią spornej oferty, po wysłuchaniu stanowisk stron na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu, we wniosku z dnia 28.10.2008 r., piśmie z dnia 03.11.2008 r., jak i na posiedzeniu jest błędne. Izba

wyjaśnia przy czym, iż po pierwsze, zgodnie z dyspozycją art. 4 ust 2 ustawy z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 Nr 171, poz. 1058), do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Wynika z tego a contrario, iż wobec faktu, iż protest, jak i jego rozstrzygnięcie miały miejsce przed dniem wejścia w życie nowelizacji, czyli przed dniem 24.10.2008 r. stosuje się przepisy w brzmieniu dotychczasowym. Po drugie, przepisy Pzp w brzmieniu do 23.10.2008 r., przewidywały, iż zgodnie z art. 184 ust.1 Pzp: *„Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń i zamówieniach na dostawy lub usługi”*. W rezultacie wskazanego przepisu odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane przysługiwało od kwoty, od której uzależniony był obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń i zamówieniach na dostawy lub usługi, nie zaś od kwoty od której uzależniony był ten obowiązek w odniesieniu do robót budowlanych. Z uwagi na fakt, iż w przedmiotowym zamówieniu, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 03.11.2008 r., wartość zamówienia wynosiła 2.695.075,98 PLN netto, co daje 695.126, 76 EURO, według kursu obowiązującego w zamówieniach publicznych 3,8771, Izba uznała, że został przekroczony przedmiotowy próg 206.000,- EURO odnoszący się do jednostek samorządu terytorialnego, jaką jest Zamawiający, ustalając tym samym, iż w przedmiotowym postępowaniu przysługiwało odwołanie, mimo odmiennego nie trafnego stanowiska Zamawiającego wynikającego już z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 17.09.2008 r.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w. zarzut za zasadny. Wskazując, iż Zamawiający podał

błędną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, co także skutkowało wskazaniem takiego naruszenia przez Odwołującego.

W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W Rozdz. 10: „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” ust.1 pkt. 2 SIWZ Zamawiający ustalił, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 i 2 ustawy PZP. (...) 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie - charakteryzujące się wykonaniem w ostatnich pięciu latach co najmniej jednym zamówieniem, o wartości nie mniejszej niż kwota zawarta w ofercie złożonej przez wykonawcę. Wykazane roboty muszą być potwierdzone i udokumentowane listami referencyjnymi, że zostały wykonane z należytą starannością odpowiadających (odpowiadające – dopisek autora swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia)”. Zgodnie z ust. 2 wskazanego wyżej rozdz. SIWZ: „Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana wg formuły „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach (wymaganych przez Zamawiającego i podanych w SIWZ) dołączonych do oferty. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca spełnia wyżej wymienione warunki”. Z kolei w Rozdz. 11: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w niniejszym postępowaniu” pkt 4 SIWZ Zamawiający stwierdził, iż: „W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca musi załączyć do oferty sporządzonej na formularzu OFERTA dokumenty, oświadczenia, informacje i wykazy składające się na ofertę, a wymagane w SIWZ (...) 4). Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat (lata 2004-2008) robót budowlanych każdy z osobna odpowiadający swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia oraz że zostały wykonane z należytą starannością”.

W Rozdz. 2: „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 1 do 3 SIWZ Zamawiający ustalił, iż: „1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie obustronnego chodnika od mostu na Rabie do granicy z Mszaną Dolną, na odcinku 3300 mb wraz z przejazdami pow. 5410 m<sup>2</sup>, chodniki z kostki brukowej gr. 6 cm - 90% szarej (pow. 1250m ), 10% kostki kolorowej, przejazdy kostka kolorowa gr. 8 cm. Zakres inwestycji obejmuje :

- założenie osłon z rur AROTA pod wjazdami dl 260m nad światłowodem,
- wykonanie ścieków przychodnikowych z kostki brukowej gr. 8 cm szer. 20 cm,
- wymiana przepustu z rur 600 mm 12,0 mb,
- uzupełnienie asfaltem nawierzchni przy ściekach przykrawężnikowych szer. 25 cm,
- wykonanie kanalizacji opadowej z rur PCV Ø 315 mm typ S dł. 1402 mb,

- wykonanie przykanalików z rur PCV Ø 160 mm typ S dł. 364,50 mb,
- wykonanie studni rewizyjnych z kręgów Ø 1000 mm szt. 51,
- wykonanie studzienek ściekowych ulicznych szt. 54,
- wykonanie przewiertów pod drogą o dł. do 20 m rurami 300 - 600 mm o łącznej długości 204 m,
- ułożenie rur AROTA osłonowych na skrzyżowaniach ze światłowodem - 60 m,
- montaż separatorów typ S IV KOLESCENCYJNYCH z osadnikiem typ NG 6/1200 szt. 6,
- wykonanie muru oporowego żelbetowego dł. 215 m przy zatoce autobusowej,
- demontaż obrzeży betonowych - 465 m ,
- poręczce ochronne sztywne z podchwytem z rur - 1252 m,
- montaż nad przepustami barier sprężystych z podchwytem dł. 3:6 m - 13 szt.,
- podniesienie murków żelbetowych gr. 30 cm, wys. 1,00 m przy budynku nr 373 oraz przy przepustach drogowych - 60 m.,
- umocnienie skarp płytami ażurowymi skarpowymi - 480 m<sup>2</sup>,
- pomalowanie przejść dla pieszych - 50 m<sup>2</sup>,
- ustawienie znaków D6 6 szt.,
- regulacje studzienek telefonicznych szt. 12,
- wykonanie zagęszczenia nasypów - 1900 m<sup>3</sup>,
- humusowanie i obsianie trawą - 1500 m<sup>2</sup>,
- inwentaryzacja powykonawcza,
- opracowanie projektu organizacji ruchu.

Wszystkie elementy zgodne właściwościami określonymi w dokumentacji technicznej.

Roboty należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową (załącznik nr 2 do SIWZ) i STWiOR (załącznik nr 1 do SIWZ) i przedmiarem robót (załącznik nr 3 do SIWZ).

3. (2 – dopisek autora) Wymagany okres gwarancji na wykonane roboty (materiały i robociznę) wynosi 36 miesięcy od dnia odebrania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania (bez uwag) protokołu końcowego.

3. CPV - główny: 45.23.32.60-9 Drogi piesze  
 dodatkowe: 45.23.32.22-1 Roboty w zakresie chodników  
 45.23.24.52-5 Roboty odwadniające”.

Odwołujący wraz z ofertą opiewającą na kwotę 2.984.603, 83 PLN złożył wykaz na potwierdzenie spełniania wymaganego doświadczenia (str. od 10 do 11 oferty) wraz z referencjami, czyli dokumentami potwierdzającymi, iż wymienione w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie (od str.12 do 20 oferty). Wykazał się następującymi robotami budowlanymi:

- 1) Wykonanie robót kanalizacyjnych oraz nawierzchniowych na ul. Darwina, Lubocka w Krakowie – 2.506.595,37 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej),

- Grudzień 2007 r. - Kwiecień 2008 r., Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna, ul. Senatorska 1, 30 - 106 Kraków;
- 2) Budowa drogi do strefy przemysłowej wzdłuż potoku Bysinka w Myślenicach - 974.590,86 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - 29.05.2007-31.10.2007 r., Urząd Miasta i Gminy Myślenice Rynek 8/9, 32 - 400 Myślenice;
  - 3) Wykonania robót ziemnych, kanalizacyjnych, nawierzchniowych na Hali Cooper w Myślenice - 2.160.010,80 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - Listopad 2006 r. - Lipiec 2007 r. - Hochtief Polska, ul. Lubicz 27, 31 - 503 Kraków;
  - 4) Budowa parkingu, ciągów pieszych, cieków wodnych, drogi dojazdowej – 1.060.128,21 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - 22.05.2006 r. - 31.07.2006 r., Urząd Gminy w Gdowie, ul. Rynek 40, 32 - 420 Gdów;
  - 5) Remont chodników w centrum Gdowa – 482.705,57 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - październik 2006 r. - listopad 2006 r., Urząd Gminy w Gdowie, ul. Rynek 40, 32 - 420 Gdów;
  - 6) Budowa chodnika oraz kanalizacji w Myślenicach - 2.108.000,00 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - 10.10.2005 r. - 28.11.2005 r., Urząd Miasta i Gminy Myślenice Rynek 8/9, 32 - 400 Myślenice;
  - 7) Budowa osiedla Parkowe Wzgórze w Mogilanach - 1 586 000,00 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - 09.12.2004 r. - 31.12.2005 r., Granit, ul. Przemysłowa 9, 32-800 Brzesko;
  - 8) Roboty ziemne i drogowe na obiekcie „SAINT-GOBAIN GLASS” w Dąbrowie Górniczej - 3 599 000,00 PLN (całkowita wartość brutto roboty budowlanej) - 01.06.2006 r. – 20.03.2007 r., Hochtief Polska, ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa.

Zamawiający w toku badania i oceny oferty Odwołującego uznał, iż jedynie robota budowlana wykazana w poz. 8 wykazu może stanowić podstawę do uznania spełnienia przez Odwołującego warunku z Rozdz. 10 ust.1 pkt 2 SIWZ. Jednakże, z uwagi na następujący ogólny zapis w treści referencji: *„Prace zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego, dokumentacją techniczną oraz sztuką budowlaną. Firma INSTBUD wykazała się profesjonalizmem i rzetelnością, dobrą organizacją oraz pełnym zaangażowaniem załogi zatrudnionej przy realizacji zadania. Jakość wykonanych zadań nie budzi zastrzeżeń”* nie odnoszący się do zakresu realizowanych robót w ramach tego zadania, przeprowadził postępowanie wyjaśniające z podmiotem trzecim, tj. wystawcą referencji (pismo Zamawiającego z dnia 09.10.2008 r., odpowiedź z 10.10.2008 r.). Ustalenia dokonane w ten sposób stały się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba podkreśla, iż powszechnie zostało przyjęte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że nie można żądać, aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać się na potwierdzenie spełniania warunku wymaganego doświadczenia zawodowego zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Wynika to z faktu, iż zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień, a taka konstrukcja warunku, jaką przedstawił na rozprawie Zamawiający powodowałaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawcy poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców.

Po drugie, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie był do końca konsekwentny w swoich czynnościach, gdyż z jednej strony odrzucił ofertę Odwołującego, a nie uczynił tego wobec oferty Wykonawcy wybranego, mimo, iż przyznał, że jest: *„brak w referencjach przewiertów (...)”*. Powyższe, jest tym bardziej niezrozumiałe wobec stanowiska Zamawiającego, iż w rozpatrywanej przez niego referencji Odwołującego nie było całego zakresu wykonywanych robót budowlanych takiego jak w przedmiotowym zamówieniu, co było podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Po trzecie, Izba stoi na stanowisku, że wbrew stanowisku Zamawiającego zapisy SIWZ odnośnie warunku z Rozdz. 10 ust.1 pkt 2 nie były jednoznaczne, co do określenia jak należy rozumieć zapis: *„odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”*. W rezultacie Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu, jak i Odwołujący nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych zapisów w tym zakresie. Dodać należy także, iż oświadczeniem zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa Zespołów Arbitrów oraz Krajowej izby Odwoławczej na potwierdzenie spełniania warunku jest sam wykaz, a referencje mają potwierdzać jedynie należyte wykonanie zamówienia. Badane przez Zamawiającego zadanie z poz. 8 wykazu w samym wykazie potwierdza, iż jego przedmiotem były *„roboty ziemne i drogowe (...)”*. Izba nie neguje prawa Zamawiającego do sprawdzania wykazanych zadań i przedłożonych referencji pod względem ich treści, jednakże informuje Zamawiającego, iż wielokrotnie w swoim orzecznictwie zwracała uwagę na konieczność korzystania w razie wątpliwości z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 4 Pzp, przy jednoczesnej możliwości weryfikacji u wystawcy referencji. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone stanowiskiem Sądów Okręgowych będących rezultatem wnoszonych skarg. Wskazany wyżej tryb nie jest bowiem fakultatywny. Izba wskazuje także na tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 Pzp. Nie ma tutaj znaczenia przeświadczenie Zamawiającego, co do obiektywizmu wyjaśnień Wykonawców, czy też faktycznej niemożliwości uzupełnienia przedłożonego wykazu o nowe zamówienia. Ustawa nakłada stosowne obowiązki



i Zamawiający nie może czynić w tej materii wyjątków, weryfikacja zasadności tych trybów musi zostać potwierdzona i nie może stanowić przedmiot domniemania Zamawiającego.

Po czwarte, Izba stoi na stanowisku, że referencje z poz. 8 wykazu spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek z następujących przyczyn. Zapis „*odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia*” w konstrukcji warunku odnosi się do referencji, a nie żądanego wykazu w odróżnieniu do zapisy z Rozdz. 11 pkt 4 SIWZ, co w swej istocie jest niedopuszczalne w świetle obecnie obowiązujących przepisów. Zamawiający nie określił, co rozumie pod tymi pojęciami w treści samego warunku, Izba nie uznaje w tym zakresie automatyzmu poprzez odwołanie się do przedmiotu zamówienia, co uzasadniła powyżej. Odwołujący w uznanym przez Izbie zadaniu, spełnił w ocenie Izby, wymóg co do wymaganej wartości i należytego wykonania. Ponadto, z zakresu kwestionowanej referencji wynika, iż zamówienie odpowiada pod względem rodzaju i zakresu robotom budowlanym będącym przedmiotem zamówienia w przeważającej części, co potwierdza, że Odwołujący dysponuje wymaganym doświadczeniem niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia, przy czym Izba zauważa że powyższe nie było głównym czynnikiem, który był podstawą uwzględnienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego de facto art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego de facto art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę w/w okoliczności, jak i naruszenia, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*