

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.12.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **BBWW Spółka z o.o., ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok** oraz **Budbaum S.A., ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża** w trybie przetargu ograniczonego pn. „Termomodernizacja budynku Szpitala Wojewódzkiego w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego oraz Szpitala Ogólnego w Kolnie w tym termomodernizacja budynków Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży – pawilony A, B, C, D, E, F, G. Dofinansowane ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach Programu Priorytetowego SYSTEM ZIELONYCH INWESTYCJI – GIS: cz. 1 – zarządzanie energią w budynkach użyteczności publicznej” (znak ZT-SZP-226/01/49/2011)

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny wniosków, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, w tym ocenę wniosku Odwołującego z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu niniejszego wyroku,**

2. kosztami postępowania w wysokości **13 600,00 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **BBWW Spółka z o.o., ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok** oraz **Budbaum S.A., ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600,00 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) przez Zamawiającego - **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **BBWW Spółka z o.o., ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok** oraz **Budbaum S.A., ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok** stanowiących uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **do wyroku z dnia 3 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2683/11**

Zamawiający – Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Termomodernizacja budynku Szpitala Wojewódzkiego w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego oraz Szpitala Ogólnego w Kolnie w tym termomodernizacja budynków Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży – pawilony A, B, C, D, E, F, G. Dofinansowane ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach Programu Priorytetowego SYSTEM ZIELONYCH INWESTYCJI – GIS: cz. 1 – zarządzanie energią w budynkach użyteczności publicznej” (znak ZT-SZP-226/01/49/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w dniu 14.10.2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z dnia 14.10.2011 r. pod pozycją 270967.

W dniu 12.12.2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Zamawiający wskazał, iż wniosek złożony przez Odwołującego otrzymał 0 punktów gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 16.12.2011 r. złożył odwołanie wskazując, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania zostało dokonane z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i narusza jego interes oraz prowadząc do powstania szkody poprzez niezakwalifikowanie Konsorcjum do zaproszenia do składania ofert, pomimo iż:

1. Zgodnie z warunkami udziału w prowadzonym przetargu ograniczonym, zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający żądał wykazaniem się minimum 2 wykonanych robót budowlanych, na kwotę minimum 4.000.000,00 zł brutto każda, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia;
2. Odwołujący załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz 7 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia

wykonanych we wskazanym okresie czasu wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

3. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu procedura kwalifikacji wykonawców, których Zamawiający zobowiązał się zaprosić do składania ofert polega na przyznaniu po jednym punkcie za każdą wykazaną robotę budowlaną odpowiadającą kryterium oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „wiedzy i doświadczenia” ponad minimum wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału (2 roboty budowlane);

4. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wykazując 7 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem roboty stanowiące przedmiot postępowania winien otrzymać 5 punktów i zostać sklasyfikowany ex quo na drugiej pozycji, wraz z trzema innymi wykonawcami. Jak wskazał Odwołujący tym samym winien on zostać zaproszony do złożenia oferty.

W zakresie żądań Odwołujący wskazał, że wnosi o:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków;
2. unieważnienie decyzji o wykluczeniu z postępowania;
3. dokonanie powtórnej oceny złożonych wniosków i zgodnie z przyjętą w przedmiotowym postępowaniu procedurą zakwalifikowanie Odwołującego jako wykonawcę zaproszonego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający żądał aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie w zakresie „wiedzy i doświadczenia” wykazali się wykonaniem minimum 2 wykonanych robót budowlanych, na kwotę minimum 4.000.000,00 zł brutto każda, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia uszczegółowiony dodatkowo wykazem kodów wspólnego Słownika Zamówień (CPV) Odwołujący podniósł, iż przedmiotem zamówienia są roboty o charakterze robót ogólnobudowlanych związanych ze wznoszeniem, remontem, modernizacją budynków. Roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia polegają przede wszystkim na:

1. wykonaniu izolacji ścian fundamentowych zglębionych w gruncie,
2. ociepleniu ścian zewnętrznych piwnic oraz ścian zewnętrznych nadziemnych
3. rozbiórce istniejących obróbek blacharskich oraz montażu obróbek blacharskich
4. rozbiórce oraz wykonaniu opaski wokół budynku z kostki brukowej
5. ociepleniu stropodachu pełnego - warstwą izolacji termicznej
6. wymianie drzwi zewnętrznych oraz stolarki okiennej
7. robotach elektrycznych

- 8. robotach w zakresie modernizacji instalacji centralnego ogrzewania
- 9. wykonaniu i montażu budek lęgowych ptaków i mieszczą się w następujących klasach:
  - 45.11. Roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych, roboty ziemne;
  - 45.21. Roboty budowlane w zakresie budynków;
  - 45.26. Roboty w zakresie wykonywania pokrycia i konstrukcji dachowych i inne podobne roboty specjalistyczne;
  - 45.31. Roboty instalacyjne elektryczne;
  - 45.32. Roboty izolacyjne;
  - 45.42. Roboty w zakresie zakładania stolarki budowlanej oraz roboty ciesielskie;
  - 45.44. Roboty malarskie i szklarskie.

Zdaniem Odwołującego nie jest spornym, iż w szerokim spectrum „robót budowlanych” można łatwo wskazać inne roboty, mające bezsprzecznie inny charakter (inny rodzaj robót) niż przedmiot zamówienia w prowadzonym postępowaniu, jak np.:

- 45.22.10.00-2 Roboty budowlane w zakresie budowy mostów i tuneli, szybów i kolei podziemnej;
- 45.23.11.00-6 Ogólne roboty budowlane związane z budową rurociągów;
- 45.23.22.10-7 Roboty budowlane w zakresie budowy linii napowietrznych;
- 45.23.31.00-0 Roboty w zakresie budowy autostrad, dróg
- 45.23.51.00-4 Roboty budowlane w zakresie budowy lotnisk;
- 45.23.13.00-8 Roboty budowlane w zakresie budowy wodociągów i rurociągów do odprowadzania ścieków.

W ocenie Odwołującego oczywiście nie sposób byłoby przyjąć, iż wykonanie takich robót mieści się, w co prawda niezdefiniowanym, ale powszechnie jednakowo rozumianym, pojęciu „rodzaju robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia”.

Jak wskazał Odwołujący załączony do wniosku wykaz robót - odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia - obejmuje wykonane we wskazanym okresie roboty budowlane obejmujące, między innymi: budowę, rozbudowę i modernizację budynków szkolnych (poz. 1- 3 wykazu), budowę i modernizację obiektów użyteczności publicznej (poz. 4 i 5 wykazu), budowę i nadbudowę budynków szpitalnych (poz. 6 i 7 wykazu), w ramach których wykonywane były roboty, jakie obejmuje przedmiotowe zamówienia. Przy czym zakres i stopień złożoności wykonanych prac znacznie przekraczał zakres przedmiotowego zamówienia i trudno byłoby przyjąć, iż wykazana w taki sposób „wiedza i doświadczenie” nie zapewniają należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Następnie Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

(..) zdaniem Izby, doświadczenie w budowie nowego obiektu budowlanego o wartości i parametrach wskazanych przez Zamawiającego (kubatura, powierzchnia) jest tego rodzaju

przedsięwzięciem, które można porównać z tym, zdobytym w trakcie przebudowy, rozbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego, a częściej nawet bardziej skomplikowanym. W każdym razie, wszystkie te prace, stanowią robotę budowlaną i wymagają przygotowania w różnych aspektach, w tym bezpieczeństwa. (...) skoro ustawodawca zaliczył wykonanie nowego obiektu, rozbudowę i nadbudowę do tej samej kategorii prac, to nie sposób twierdzić, że doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu rozbudowy i nadbudowy jest nieporównywalne z tym, którego nabywa się podczas wykonania nowego obiektu (wyrok z dnia 11 maja 2010 r. sygn. akt KIO 744/10).

Zadaniem Odwołującego należy również podkreślić, że pojęcie „termomodernizacja” nie jest określeniem jakiegoś specjalistycznego rodzaju robót a wskazuje tylko na przedsięwzięcie mające na celu zmniejszenie zapotrzebowania i zużycia energii cieplnej w danym obiekcie budowlanym. Termomodernizacja obejmuje zmiany zarówno w systemach ogrzewania i wentylacji, jak i strukturze budynku oraz instalacjach doprowadzających ciepłą wodę. Zakres termomodernizacji, podobnie jak jej parametry techniczne i ekonomiczne, określane są poprzez przeprowadzenie audytu energetycznego. Najczęściej, ale nie tylko wyłącznie, przeprowadzane działania to docieplanie ścian zewnętrznych i stropów, wymiana okien, wymiana lub modernizacja systemów grzewczych itp.

Następnie zostało wskazane, że ani Wspólny Słownik Zamówień (CPV), ani Polska Klasyfikacja Działalności, ani też Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług nie zawierają pojęcia „termomodernizacji” jako wyodrębnionego rodzaju robót lub wyodrębnionej działalności.

Przywołał fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 16 lutego 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1787/09 w którym zostało wskazane, że: „Bez znaczenia, w ocenie Izby pozostaje czy została ona [ROBOTA BUDOWLANA] wcześniej inaczej nazwana, gdyż to charakter robót oraz ich zakres winien charakteryzować rodzaj wykonanej roboty, a nie jej nazwa”.

W ocenie Odwołującego mając powyższe na uwadze bezspornym jest, iż decyzja Zamawiającego polegająca na nieuznaniu robót wykazanych przez Odwołującego w złożonym wniosku, jako robót odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, została podjęta z naruszeniem prawa. Odwołujący miał pełne podstawy aby pojęcie użyte przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczące uprzednio wykonanych robót - „odpowiadające rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia” - rozumieć właśnie w taki sposób tzn. jako wykonanie robót odpowiadających zakresowi robót budowlanych koniecznych do wykonania przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podniósł również, że przepisy prawne nie precyzują, jak (...) należy rozumieć sformułowanie "odpowiadające rodzajem" w odniesieniu do przedmiotu niniejszego zamówienia. Zawarta w "Małym słowniku języka polskiego" pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa "rodzaj jako coś (ktoś) podobne do czego (kogo)".

Następnie Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku

doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy.

Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07). W ocenie Izby pogląd ten zachowuje swoją aktualność również w przedmiotowej sprawie (wyrok z dnia 17 marca 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 167/10).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że niejasny charakter wezwania do „uzupełnienia wykazu robót” - na które Odwołujący udzielił odpowiedzi w wyznaczonym terminie - a następnie równie enigmatyczna informacja o negatywnej ocenie wniosku, doprowadziły do sytuacji, w której domysłem Odwołującego pozostawiono ocenę, w jakim zakresie załączony do wniosku wykaz - zdaniem Zamawiającego - nie potwierdza opisanego przez niego warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli powodem dla podjętej przez Zamawiającego decyzji był fakt, iż większość wykazywanych robót (dwie z siedmiu) nie dotyczyła obiektów szpitalnych (hipoteza Odwołującego), to jest to naruszenie prawa, jako że bezspornym staje się, iż sposób oceny spełnienia warunku udziału odnoszącego się do „wiedzy i doświadczenia” dokonany przez Zamawiającego narusza przepisy: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - sposób dokonania oceny spełnienia warunków jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia jako nadmierny i zbędny.

Zdaniem Odwołującego wiązanie zakresu i rodzaju robót stanowiących przedmiot z obiektami służby zdrowia nie jest niczym uzasadnione. Charakter i rodzaj robót stanowiących przedmiot zamówienia jest na tyle standardowy, że sposób ich wykonywania w żaden sposób nie zależy od charakteru budynku. I są one jednakowo realizowane na innych budynkach użyteczności publicznej czy też budynkach mieszkalnych. A dodatkowo - takie sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w żadnym zakresie nie wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, czynność wykluczenia go z postępowania winna być unieważniona, a ocena i badanie wniosków powtórzone przy udziale wniosku Odwołującego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na przyznaniu Odwołującemu 0 punktów i uznaniu, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszenie o zamówieniu, wnioskiem złożonym przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń,**

**jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny wniosków, jak również w przypadku przyznania Odwołującemu 5 punktów, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, zostałby on zaproszony do składania ofert i tym samym ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści wniosku złożonego w postępowaniu przez Odwołującego, treści ogłoszenia o zamówieniu wraz z załącznikami, jak również korespondencji prowadzonej w ramach postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przyznania Odwołującemu 0 punktów w wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również uznania iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Izba ustaliła co następuje.



Izba po pierwsze ustaliła, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia są roboty budowlane stanowiące termomodernizację budynków Szpitala Wojewódzkiego w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego oraz Szpitala Ogólnego w Kolnie w tym Termomodernizacja budynków Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży - Pawilony A, B, C, D, E, F, G obejmujące, zgodnie z sekcją II.1.2. ogłoszenia o zamówieniu:

1). Roboty budowlane w zakresie:

- Wykonania izolacji ścian fundamentowych zgłębionych w gruncie na 1 m; izolacja przeciwwilgociowa powłokowa bitumiczna oraz folia tłoczna - 1141m<sup>2</sup>
- Ocieplenia ścian zewnętrznych piwnic warstwą styropianu frezowanego grubości 14 cm oraz ścian zgłębionych w gruncie na 1 m styropianem ekstrudowanym lub TERMO-W o grubości 14 cm; wyprawa elewacyjna powyżej gruntu - 1315 m<sup>2</sup>
- Ocieplenia ścian zewnętrznych nadziemnych styropianem frezowanym grubości 14 cm z wyprawą elewacyjną - 12 061 m<sup>2</sup>
- Ocieplenia ścian zewnętrznych nadziemnych wełną mineralną powyżej 25 m wysokości o grubości 14 cm z wyprawą elewacyjną - 1260,00 m<sup>2</sup>
- Ocieplenia ościeży warstwą izolacji termicznej - warstwa styropianu grubości 3 cm z wyprawą elewacyjną - 2056 m<sup>2</sup>
- Ocieplenia ościeży warstwą izolacji termicznej - wełna mineralna o grubości 3 cm z wyprawą elewacyjną - 159 m<sup>2</sup>
- Rozbiórki istniejących obróbek blacharskich oraz montaż obróbek blacharskich z blachy powlekanej wraz z wykonaniem spadków pod obróbki i ułożeniem izolacji z warstwą papy asfaltowej; zakres prac związany z pogrubieniem ścian - 1 105 m<sup>2</sup>
- Rozbiórki oraz wykonania opaski wokół budynku z kostki brukowej gr. 8 cm wraz z obrzeżami betonowymi 20x6cm - 481 m<sup>2</sup>
- Rozbiórki oraz wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych - 45,00 m<sup>2</sup>
- Ocieplenie stropodachów z przestrzenią wentylacyjną warstwą izolacji termicznej np. granulatem z wełny mineralnej skalnej lub szklanej albo masą celulozową np. ekofiber o grubości 12 cm - 6 144 m<sup>2</sup>
- Ocieplenia stropodachu pełnego - warstwą izolacji termicznej np. twardymi płytami dachowymi z wełny mineralnej o grubości 12 cm - 731,00 m<sup>2</sup>
- Przemurowania kominów wentylacyjnych wraz z wykonaniem nowych czap betonowych, nowych tynków na kominach wentylacyjnych; podwyższenie oraz montaż kratki wentylacyjnych w otworach kominowych; 2280 szt - 100,00 m<sup>3</sup>
- Rozbiórki istniejących obróbek blacharskich oraz montaż obróbek blacharskich z blachy powlekanej gzymsy, mury ogniowe; zakres prac związany z pogrubieniem ścian - 2309 m<sup>2</sup>
- Pokrycia stropodachów papą termozgrzewalną dwuwarstwowo; papa perforowana plus papa wierzchniego krycia wraz z montażem kominków wentylacyjnych pokrycia - 8030 m<sup>2</sup>

- Rozbiórki istniejących obróbek blacharskich oraz montaż obróbek blacharskich z blachy powlekanej - rury spustowe śr. 15 cm - 42,0 mb i kosze; zbiorniki do rur spustowych- 6szt
- Rozbiórki istniejących obróbek blacharskich oraz montaż obróbek blacharskich z blachy powlekanej - rury spustowe śr. 8 cm - 24,10 mb i rynny dachowe sr.10 cm - 76,70 mb
- Wykonania i montażu budek lęgowych ptaków - 50 szt.;
- Wymiany drzwi zewnętrznych na nowe z aluminium w kolorze białym na ciepłym profilu szklone pakietem ze szkła bezpiecznego - 25 szt.;
- Wymiany stolarki okiennej na okna z aluminium i okna z PCV w kolorze białym - 697 szt.;
- Wymiany drzwi zewnętrznych na drzwi automatyczne z aluminium na ciepłym profilu, szklone pakietem ze szkła bezpiecznego - 4 szt.;

## 2). Roboty elektryczne w zakresie

- Demontażu i montażu instalacji odgromowej z pręta stalowego ocynkowanego DFeZn 8mm; zwody pionowe i poziome, wykonanie uziomów szpilkowych wykonanie uziomów powierzchniowych mb zwodów - 3337,00 mb
- Demontażu i montażu istniejących opraw oświetleniowych, gniazd, włączników i przełączników na elewacjach Pawilonów
- Demontażu i montażu istniejących zewnętrznych klimatyzatorów na elewacjach i stropodachach Pawilonów
- Wykonania instalacji elektrycznej dla potrzeb zasilania drzwi automatycznych
- Badania i pomiarów wykonanej instalacji odgromowej i instalacji elektrycznej

## 3). Roboty w zakresie modernizacji instalacji centralnego ogrzewania

- Płukania instalacji środkiem antykorozyjno-konserwującym istniejącej instalacji centralnego ogrzewania - 14223 mb
- Demontażu rurociągów stalowych o średnicy 10-80 mm - 911 mb;
- Demontażu grzejników żeliwnych, montażu grzejników płytowych higienicznych oraz zaworów z głowicami termostatycznymi - 51 szt.;
- Demontażu grzejników żeliwnych, montażu grzejników płytowych higienicznych - 142 kp.;
- Wykonania rurociągu z rur stalowych o średnicy 15 - 80 mm - 265 mb;
- Montażu zaworów regulacyjnych 32 - 50 mm -17 szt.;
- Montażu zaworów o średnicy 15 - 80 mm - 125 szt.;
- Montażu zaworów odpowietrzających automatycznych z zaworem stopowym o średnicy 15 mm - 173 szt.;
- Montażu manometrów i termometrów - 91 szt.;
- Wymiany zaworów grzejnikowych o średnicy 15 mm na zawory z głowicami termostatycznymi - 812 szt.;
- Montażu drzwiczek do zaworów odpowietrzających - 169 szt.;

Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał następujące kody Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 45.00.00.00-7, 45.10.00.00-8, 45.11.12.00-0, 45.21.51.40-0, 45.31.23.10-3, 45.31.23.10-3, 45.31.23.11-0, 45.32.00.00-6, 45.32.10.00-3, 45.32.40.00-4, 45.33.11.00-7, 45.42.10.00-4, 45.42.11.45-2, 45.44.21.10-1, 45.44.30.00-4, 45.26.21.00-2, 45.26.21.10-5, 45.26.21.20-8, 45.26.12.10-9, 45.26.12.14-7, 45.26.13.10-0.

Izba po drugie ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III.3.2. ogłoszenia o zamówieniu (warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – wiedza i doświadczenie) określił, iż warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości każdej z nich minimum 4.000.000,00 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) – wpisane do załącznika nr 2 do wniosku, potwierdzone referencjami Zamawiającego.

W sekcji III.4.1. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił, że w zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, należy m.in. przedłożyć wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Dodatkowo Izba ustaliła, że Zamawiający w sekcji IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że przewidywana liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu wynosi 5. W zakresie znaczenia warunków wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że w przypadku gdy liczba wykonawców spełniających warunki zawarte w ogłoszeniu przekroczy pięciu Zamawiający dokona wyboru ograniczonej liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Wybór tych wykonawców nastąpi na podstawie ilości punktów obliczonych w następujący sposób:

- 1) Po jednym punkcie otrzyma każdy z wykonawców za każde dodatkowo wykonane, ponad minimum kwalifikacyjne zamówienie, polegające na wykonaniu robót określonych w punkcie III.3.2. ogłoszeni, potwierdzone referencjami Zamawiających i ujęte w załączniku nr 2 do wniosku;
- 2) W przypadku uzyskania równej ilości punktów o kolejności wniosków decydować będzie dodatkowo łączna wartość brutto wszystkich robót wymienionych we wniosku wykonawców, którzy uzyskali równą ilość punktów a spełniających wymogi punktu III.3.2. ogłoszenia. Do składania ofert zaproszeni zostaną wykonawcy z największymi kolejno wartościami robót.

Następnie Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonym wniosku na str. 42 - 43 zawarł wykaz sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 zawierający łącznie 7 pozycji:

1. Budowa Szkoły Podstawowej wraz z salą gimnastyczną i blokiem żywieniowym na osiedlu Bacieczki u zbiegu ulic Komisji Edukacji Narodowej i Hugo Kołłątaja w Białymstoku o wartości 14.865.041,53 zł brutto;
2. Modernizacja Szkoły Podstawowej nr 42 przy ul. Balkonowej 2/4 ocieplenie ścian i stropodachu, remont pomieszczeń szkoły wraz instalacjami elektrycznymi i sanitarnymi o wartości 15.410.178,19 zł brutto;
3. Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 3 przy Pomnikowej 21 w Markach o wartości 6.409.139,74;
4. Miejskie Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu – Aquaparka z pływalnią w Suwałkach o wartości 45.719.849,36 zł brutto;
5. Centrum Handlowo-Rozrywkowe Suwałki Plaza z garażem podziemnym w Suwałkach przy ul. Dwernickiego 15 o wartości 109.590.796,00 zł brutto;
6. Rozbudowa budynku szpitalnego, wybudowanie czterech nowych pięter na szczycie istniejącego o wartości 119.400.000,00 zł brutto;
7. Wybudowanie prywatnej kliniki szpitala, roboty ziemne, konstrukcyjne, elewacja budynku wraz z dachem o wartości 160.860.000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane w sposób należyty na str. 44 – 57 wniosku zostały załączone listy referencyjne.

Izba zważyła co następuje.

Na wstępie należy wskazać, iż celem formułowania i precyzowania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest umożliwienie składania ofert jedynie wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób profesjonalny i gwarantujący wydatkowanie środków publicznych zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, tj. w sposób celowy i oszczędny – gwarantujący zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i w sposób umożliwiający terminową realizację zadań.

Tym samym nie tylko precyzowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ale również dokonywanie oceny ich spełnienia winno uwzględniać cel jaki mają spełnić te dwie czynności, tj. umożliwić powierzenie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy zdolnemu do należytego wywiązania się z obowiązków nałożonych przez Zamawiającego w treści umowy, której zawarcie stanowi cel postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby kompleksowe wzniesienie budynku, którego zakres obejmuje roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom wchodzącym w skład robót stanowiących

przedmiot zamówienia stanowi, niezależnie od nazwy zadania i jego celu, zakres pozwalający na uznanie, iż inwestycja taka odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Należy w tym miejscu wskazać, iż realizacja robót budowlanych obejmująca kompleksowe wzniesienie budynku stanowi czynność o znacznie większym stopniu skomplikowania niż czynność obejmująca termomodernizację istniejącego obiektu budowlanego. Zatem, przy uwzględnieniu treści warunku, za pozbawione podstaw należy uznać ograniczenie w ramach oceny spełnienia warunków jedynie do robót tożsamyh ze względu na nazwę i charakter jeżeli Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu szczegółowo opisał zakres prac składających się na przedmiot zamówienia i odniósł postawiony warunek do tego przedmiotu.

Należy bowiem wskazać, iż Zamawiający w sekcji III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu posłużył się pojemnym i niedookreślonym zwrotem „odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”. Zamawiający nie doprecyzował bowiem do którego z elementów przedmiotu zamówienia odnosi się zwrot „odpowiadających”, jak również nie wskazał co należy rozumieć pod pojęciem „rodzaju”. Zatem za roboty „odpowiadające swoim rodzajem” należy uznać roboty obejmujące te same lub zbliżone czynności pod względem przedmiotowym (roboty ogólnobudowlane, roboty elektryczne i sanitarne) a nie jedynie roboty tożsame pod względem nomenklatury użytej w ramach nazwy zadania (termomodernizacja). Izba podzieliła zaprezentowaną w treści odwołania argumentację Odwołującego w tym zakresie. Wszakże użyta przez Zamawiającego nazwa „termomodernizacja” nie została zdefiniowana w ustawie Prawo budowlane. Przywołana przez Zamawiającego w toku rozprawy definicja z ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. Nr 223, poz. 1459 z późn. zm.) nie znajduje w niniejszym stanie faktycznym zastosowania ze względu na fakt, iż ww. ustawa używa tego pojęcia jedynie w odniesieniu do przedmiotu regulacji, tj. dotyczy zasad finansowania ze środków Funduszu Termomodernizacji i Remontów części kosztów przedsięwzięć termomodernizacyjnych i remontowych (art. 1 ustawy). Ponadto sprecyzowany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu warunek nie odnosi się do tej definicji, lecz do przedmiotu zamówienia, za który należy uznać określony w ogłoszeniu zakres czynności a nie nazwę zadania nadaną przez Zamawiającego.

Tym samym zwrotu użytego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia nie należy interpretować w ten sposób, aby roboty wskazane przez wykonawców były tożsame z rodzajem zadania stanowiącym przedmiot zamówienia. W tym wypadku użyty przez Zamawiającego w treści warunku zwrot „rodzajem” należy odnieść do przedmiotowego zakresu czynności, które składają się na zakres zadania inwestycyjnego. Na przeszkodzie odmiennej interpretacji stoi cel formułowania warunków – zatem na etapie oceny ich spełnienia prymat należy przyznać wykładni celowościowej, w szczególności gdy Zamawiający posłużył się pojemnymi znaczeniowo pojęciami, przy jednoczesnym użyciu zwrotów niedookreślonych znaczeniowo. Wynika to z powszechnie przyjętego w doktrynie i

orzecznictwie poglądu, iż wszelkie wątpliwości interpretacyjne winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy dotyczą one warunków udziału w postępowaniu.

Zatem biorąc pod uwagę cel formułowania warunków sposób ich oceny winien uwzględniać okoliczność, czy wskazane przez wykonawcę doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki danej branży i zakresu czynności składających się na przedmiot zamówienia. Regułą bowiem jest, iż kompleksowe wzniesienie nowego obiektu budowlanego stawia przed wykonawcą wyższe wymagania niż sama termomodernizacja istniejącego obiektu. Tym samym pominięcie doświadczenia zdobytego przez wykonawców w ramach budowy i kompleksowego wzniesienia obiektów budowlanych, jeżeli obejmowało ono czynności tożsame z przebudową obiektu w ramach termomodernizacji, byłoby pozbawione podstaw. Należy również wskazać, iż nowo wznoszone obiekty, w szczególności obiekty użyteczności publicznej, cechują się wysoką izolacyjnością cieplną (termiczną) – a zatem zakres prac obejmujących wzniesienie takiego obiektu obejmuje również roboty termoizolacyjne, które są tożsame z robotami termomodernizacyjnymi obiektu istniejącego. Różnica pomiędzy tymi sformułowaniami jest wynikiem przyjęcia, iż roboty termoizolacyjne dotyczące istniejącego obiektu i nakierowane na poprawienie właściwości energetycznych takiego obiektu nazywane są termomodernizacją. Wszakże zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 10 ustawy z dnia 14 lipca 1994 r. Prawo budowlane termomodernizację należy uznać za przebudowę obiektu budowlanego bez konieczności wyodrębniania jej jako całkowicie odrębnej kategorii robót. Przebudowa jest z reguły robotą budowlaną o mniejszym stopniu skomplikowania niż budowa (odbudowa, nadbudowa lub rozbudowa), gdyż dotyczy ona istniejącego obiektu budowlanego i polega na zmianie jego parametrów technicznych i użytkowych, w tym uzyskaniu zakładanej termoizolacyjności obiektu, która uzyskiwana jest w obecnie wznoszonych budynkach już na etapie ich budowy. Tym samym w obecnie wznoszonych obiektach, w tym obiektach użyteczności publicznej, zakładana w ramach termomodernizacji izolacyjność termiczna obiektu budowlanego uzyskiwana jest już na etapie powstawania obiektu. Powyższe jest wynikiem obowiązujących obecnie standardów, norm technicznych oraz w szczególności przepisów. Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. f ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) obiekt budowlany wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając spełnienie wymagań podstawowych dotyczących odpowiedniej charakterystyki energetycznej budynku oraz racjonalizacji użytkowania energii. Tym samym zapewnienie odpowiedniej charakterystyki energetycznej budynku należy zaliczyć do wymagań podstawowych dotyczących obiektów budowlanych. W tym zakresie ustawa Prawo budowlane zawiera szereg przepisów dotyczących świadectw energetycznych budynków. Aktem

wykonawczym regulującym tę kwestię jest rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.), które zawiera Dział X zatytułowany „Oszczędność energii i izolacyjność cieplna”.

W tym miejscu Izba podziela w całości pogląd wyrażony w przywołanym przez Odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 744/10), w którym zostało wskazane, że: „Po drugie, zdaniem Izby, doświadczenie w budowie nowego obiektu budowlanego o wartości i parametrach wskazanych przez Zamawiającego (kubatura, powierzchnia) jest tego rodzaju przedsięwzięciem, które można porównać z tym, zdobytym w trakcie przebudowy, rozbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego, a częściej nawet bardziej skomplikowanym. W każdym razie, wszystkie te prace, stanowią robotę budowlaną i wymagają przygotowania w różnych aspektach, w tym bezpieczeństwa. Po trzecie, skoro ustawodawca zaliczył wykonanie nowego obiektu, rozbudowę i nadbudowę do tej samej kategorii prac, to nie sposób twierdzić, że doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu rozbudowy i nadbudowy jest nieporównywalne z tym, którego nabywa się podczas wykonania nowego obiektu”. Choć w ramach powyższego wyroku zarzuty dotyczyły postanowień SIWZ i oceny warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazana tam argumentacja jest w pełni adekwatna do niniejszego stanu faktycznego. Tym samym jeżeli wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku roboty budowlane, niezależnie czy były one realizowane w ramach budowy, odbudowy, nadbudowy lub przebudowy obiektu budowlanego, obejmują przedmiotowo zbliżony lub tożsamy zakres czynności należy uznać je za odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Zatem to charakter czynności składających się na roboty budowlane a nie charakter i nazwa zadania inwestycyjnego winny wskazywać, czy posiadane przez wykonawcę doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższa zasada determinuje bowiem sposób oceny spełnienia warunku na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z punktu widzenia spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia za rodzajowo odpowiadające należy uznać roboty budowlane, które obejmują nie tylko identyczne ale również zbliżone pod względem trudności i charakteru czynności faktyczne lub czynności o większym stopniu skomplikowania niż czynności składające się na przedmiot zamówienia. W ramach robót ogólnobudowlanych kompleksowe wznoszenie obiektów budowlanych stanowi zakres o większym stopniu trudności niż roboty obejmujące termomodernizację istniejących obiektów budowlanych. Wszakże wzniesienie obiektu budowlanego w ramach budowy, rozbudowy lub nadbudowy polegające na wzniesieniu nowej bryły budynku obejmuje z reguły czynności związane z wykonaniem robót elewacyjnych, w tym wykonanie izolacji przeciwwilgociowej, wykonanie termoizolacji, roboty tynkarskie, obejmuje również montaż stolarki okiennej i drzwiowej, wykonanie

pokryć dachowych i obróbek blacharskich, instalacji odgromowej, instalacji centralnego ogrzewania oraz instalacji elektrycznej, jak również czynności związane z zagospodarowaniem terenu. Nie można zatem uznać, tylko i wyłącznie ze względu na fakt, iż roboty te nie zostały zrealizowane w ramach termomodernizacji wykonanej w ramach przebudowy obiektu budowlanego lecz w ramach budowy, nadbudowy lub przebudowy, że nie stanowią one robót rodzajowo odpowiadających robotom stanowiącym przedmiot zamówienia jeżeli obejmują tożsame czynności faktyczne. To nie nazwa zadania, jak również nie rodzaj zadania inwestycyjnego (budowa, przebudowa, nadbudowa, rozbudowa) przesądzają o tym fakcie, lecz rodzaj czynności składających się na realizowane roboty budowlane. Zatem zwrot „odpowiadające swoim rodzajem” ze względu na cel formułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy odnieść do rodzaju czynności składających się na przedmiot zamówienia i w tym zakresie ustalić ich faktyczną tożsamość pozwalającą na stwierdzenie, iż są one robotami odpowiadającymi pod względem rodzajowym przedmiotowi zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wykonanie określonych czynności, tj. wykonanie określonych robót budowlanych, a nie ogólna nazwa zadania inwestycyjnego nadana przez Zamawiającego. Wszakże rodzaj i zakres czynności składających się na przedmiot zamówienia został uszczegółowiony przez Zamawiającego w sekcji II.1.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz dodatkowo doprecyzowany przy użyciu kodów słownika CPV. W tym miejscu Izba wskazuje, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, że kody słownika CPV służą doprecyzowaniu przedmiotu zamówienia a nie jedynie ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia, na co wskazuje art. 30 ust. 7 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż wniosek złożony przez Odwołującego umożliwia dokonanie dostatecznych ustaleń w tym zakresie. Za dopuszczalne bowiem, wskutek braku szczegółowych danych w wykazie robót, należy uznać posłużenie się treścią dołączonych do wniosku listów referencyjnych. Choć są to dokumenty mające na celu wykazanie należytego wykonania wskazanych w wykazie robót budowlanych zawierają one szczegółowe dane dotyczące poszczególnych zadań inwestycyjnych umożliwiające ustalenie ich zakresu przedmiotowego. Posłużenie się tymi dokumentami celem stwierdzenia czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu należy znać za dopuszczalne. Referencje bowiem mogą stanowić uzupełnienie informacji zawartych w wykazie i tym samym stanowić wypełnienie obowiązku podania szczegółowych informacji na temat zakresu poszczególnych zadań. Sam fakt uszczegółowienia zakresu przedmiotowego w listach referencyjnych a nie w wykazie robót ma jedynie charakter formalny.

Analiza załączonych do wniosku Odwołującego listów referencyjnych wskazuje, iż zadania te obejmowały w przeważającej większości kompleksowe wykonanie obiektów budowlanych o znacznym zakresie i wartości. Realizacje te polegały na wykonaniu robót konstrukcyjno - budowlanych (fundamentów, ścian, konstrukcji nośnej dachu), jak również wewnętrznych i



zewnątrznych robót wykończeniowych (roboty elewacyjne, izolacyjne, montaż stolarki okiennej i drzwiowej, pokrycie dachu, obróbki blacharskie) wraz z realizacją instalacji sanitarnych, elektrycznych oraz zagospodarowaniem terenu.

W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do Odwołującego uznał za spełniającą warunek udziału w postępowaniu jedynie inwestycję wskazaną w poz. 2 wykazu (modernizacja Szkoły Podstawowej Nr 42 przy ul. Balkonowej 2/4 w Warszawie).

Izba wskazuje jednakże, iż na str. 47 – 49 wniosku znajduje się list referencyjny dotyczący poz. nr 4 wykazu (Miejskie Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu – Aquapark z pływalnią w Suwałkach), którego zakres obejmował m.in.: wykonanie konstrukcji dachu, pokrycie dachowe, elewacje, izolacje przeciwwilgociowe, przeciwwodne oraz termiczne, drzwi wejściowe, stolarka drewniana, ślusarka stalowa (drzwi i balustrady), zagospodarowanie terenu, jak również kompleksowe roboty sanitarne i elektryczne o znacznym zakresie i wysokim skomplikowaniu. Tym samym dokumenty dołączone do wniosku w zakresie pozycji nr 2 i 4 wykazu potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie dodatkowych pozycji wykazu podlegających punktacji Zamawiający winien ustalić, czy zadania te obejmowały czynności odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia – jeżeli z dokumentów dołączonych do wniosku nie da się jednoznacznie ustalić powyższych okoliczności.

Jeżeli w ocenie Zamawiającego z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów nie wynika jaki zakres robót obejmowały wskazane w wykazie inwestycje Zamawiający w pierwszej kolejności winien, stosownie do treści art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Należy bowiem wskazać, iż czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ze względu na jej cel i konsekwencje jest czynnością ostateczną i winna być stosowana w wypadku, gdy brak jest wątpliwości co do faktu, że przedstawione przez wykonawcę dokumenty zawierają braki lub błędy, jak również gdy brak jest wątpliwości, że wskazane w wykazie pozycje nie potwierdzają spełnienia warunku i brak jest możliwości ustalenia tego faktu w inny sposób, tj. choćby poprzez złożenie wyjaśnień.

Izba na marginesie wskazuje, iż biorąc pod uwagę wartość szacunkową ustaloną przez Zamawiającego dla niniejszego postępowania Odwołującemu nie przysługiwało prawo zaskarżenia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów i zaniechania do złożenia wyjaśnień. Przedmiotem zaskarżenia, stosownie do treści art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogła stać się dopiero czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W odniesieniu do powyższego Izba uznała, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kwalifikacja punktowa wniosku Odwołującego dokonana przez Zamawiającego

była niewłaściwa i nie uwzględniała postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Izba wskazuje, iż Zamawiający na etapie rozprawy wyjaśnił, że w toku postępowania w ramach oceny wniosków pod pojęciem robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia uznał roboty obejmujące modernizację obiektów. Wskazał ponadto, iż w toku oceny wniosków nie zostały uznane za roboty odpowiadające swoim rodzajem roboty polegające na budowie, w tym budowie obiektów mieszkalnych.

Powyższe wyjaśnienia potwierdzające zawarte w odwołaniu przypuszczenia Odwołującego, że Zamawiający w toku oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia kierował się nazwą zadania a nie jego zakresem przedmiotowym. Tym samym Izba uznała, iż biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia czynność oceny spełnienia tego warunku przez Odwołującego została dokonana w sposób wadliwy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż brak było podstaw do takiego sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również nie sposób uznać, że przedstawione przez Odwołującego w wykazie pozycje ze względu na sam fakt, iż dotyczyły one budowy i rozbudowy obiektów nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie umożliwiają uzyskania przez Odwołującego takiej ilości punktów, która umożliwi zaproszenie Odwołującego do składania ofert.

Jednakże to obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny i badania wniosków przy zastosowaniu wszelkich przewidzianych prawem instytucji, w tym instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba nie powinna zastępować Zamawiającego w czynnościach w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż to Zamawiający jest jego gospodarzem. Jeżeli w odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu znajdującego się we wniosku Odwołującego brak jest wystarczających informacji pozwalających na dokonanie ustaleń dotyczących zakresu przedmiotowego w tym celu ustawa umożliwia wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Dopiero poczynione w tym zakresie ustalenia pozwolą na uznanie, czy Odwołujący winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym ustalenie, czy zostanie on zaproszony do składania ofert.

Tym samym Izba uznała, iż skutek nieprawidłowej czynności oceny wniosku pod względem spełnienia warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia przedwczesne było uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie podlega zaproszeniu do złożenia oferty, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez nierówne traktowanie wykonawców należy uznać pominięcie na etapie oceny spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Zamawiającego robót budowlanych obejmujących budowę obiektów budowlanych bez analizy zakresu robót wchodzących w zakres poszczególnych zadań wskazywanych przez wykonawców na potwierdzenie warunków. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający w toku oceny wniosków ocenę spełnienia warunku sprowadził do nazwy i charakteru zadania a nie jego faktycznego zakresu przedmiotowego, który należy uznać za istotny w kontekście brzmienia warunku.

II. Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż hipoteza tego przepisu odnosi się do etapu formułowania warunków udziału w postępowaniu a nie dokonywania oceny ich spełniania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego uwzględnienie przez Izbę zarzutu z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

