

**WYROK**

**z dnia 4 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2013 r.

przez wykonawcę: **M..... P..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MAKRO M..... P..... Jarocin**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, Poznań**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania P.T.H.U. HYDRO-MAKRO M..... P....., a także powtórzenie czynności oceny spełnia warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: P.T.H.U. HYDRO-MAKRO M..... P.... z Jarocina – tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu na rzecz odwołującego: P.T.H.U. HYDRO-MAKRO**

**Sygn. akt KIO 384/13**

**M..... P..... z Jarocina** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu za pośrednictwem Rejonowego Oddziału w Koninie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przepompownia Wola Podłęzna, gm. Kramsk, powiat koniński* (oznaczenie sprawy RO PRIM 2210/21/9/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 listopada 2012 r. pod nr 480642-2012, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (<http://wzmiuw.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 6.011.859,74 zł – co stanowi równowartość 1.495.636,32 euro.

14 lutego 2013 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – M..... P..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MAKRO M..... P..... w Jarocinie – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

19 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że potwierdził warunki udziału w postępowaniu.
2. Art. 38 ust. 4 – przez bezpodstawną modyfikację SIWZ po terminie składania ofert, polegającą na ograniczeniu warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.
3. Art. 7 ust. 1 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, to jest przez wybór wykonawcy, który nie posiada wymaganego doświadczenia, *gdyż treść wykazanych robót jednoznacznie nie potwierdza wymagań Zamawiającego*, tj. warunku udziału w postępowaniu, za którego niespełnianie został wykluczony Odwołujący.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący w następujący sposób sprecyzował zarzuty odwołania:

Na wstępie Odwołujący podał pierwotną i zmienioną treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wynikającą z zamieszczonego w rozdziale I SIWZ, w pkt 5.2 *WIEDZA I DOŚWIADCZENIE. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:*

[poniżej brzmienie pierwotne]

*Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie :*

– *minimum jedną robotę budowlaną obejmującą budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont przepompowni o łącznej wydajności  $Q= 9,0 \text{ m}^3/\text{s}$ .*

– *roboty na obiektach hydrotechnicznych o wartości 5 min. zł.*

[poniżej brzmienie obowiązujące na mocy zmiany z 10 grudnia 2012 r.]

*Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

– *minimum jedną robotę budowlaną obejmującą budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont przepompowni o łącznej wydajności  $Q= 6.0 \text{ m}^3/\text{s}$  tj.  $2/3$  wydajności obiektu*

– *roboty na obiektach hydrotechnicznych o wartości 5 min. zł.*

Odwołujący podał dalej, że składając ofertę wykazał wiedzę i doświadczenie w wykonaniu:

– Po pierwsze – jednej roboty budowlanej *Modernizacja pompowni melioracyjnych w dolinie Rowu Polskiego i rzeki Masłówki* – Gmina Rydzyna, Poniec, Rawicz, powiat leszczyński, gostyński, rawicki, województwo wielkopolskie, w ramach której wykonano 3 pompownie melioracyjne o łącznej wydajności  $6,0239 \text{ m}^3/\text{s}$ .

– Po drugie – jednej roboty budowlanej *Modernizacja pompowni melioracyjnych w dolinie Kościańskiego Kanału Obry* – Gmina Kościan, Śmigiel, Osieczna, powiat kościański, leszczyński, województwo wielkopolskie, w ramach której wykonano 5 pompowni melioracyjnych o łącznej wydajności  $6,2480 \text{ m}^3/\text{s}$ .

Odwołujący podniósł, że pomimo to został wezwany do uzupełnienia dokumentów,

a następnie wykluczony z postępowania przez Zamawiającego, którego zdaniem należało się wykazać wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu jednej pompowni o wydajności min. 6 m<sup>3</sup>/s: *W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca przekazał Zamawiającemu pismo z wyjaśnieniami. Z przekazanego wyjaśnienia wynika, że Wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia i nie spełnia warunku o którym mowa w pkt. 5.2. SIWZ WIEDZA I DOŚWIADCZENIE w części dot. wykonania jednej roboty budowlanej obejmującej budowę przepompowni o łącznej wydajności Q=6,0 m/s tj. 2/3 wydajności modernizowanej przepompowni Wola Podłęzna. Wykonawca w swojej ofercie i wyjaśnieniu wykazał, że wykonał szereg małych przepompowni ale żadna z nich nie ma wydajności równej lub większej od postawionego przez Zamawiającego warunku Q=6,0 m/s. W związku z czym Zamawiający wykluczył z postępowania Wykonawcę i odrzucił jego ofertę.*

Zdaniem Odwołującego dokonując wykładni literalnej pkt 5.2 SIWZ należy uznać, że Zamawiający w sposób wyraźny żądał wykazania minimum *jednej roboty budowlanej*, która miała obejmować *budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont przepompowni*. Przy czym Odwołujący zwrócił uwagę, że określenie *przepompowni* oznaczać może liczbę mnogą jak również liczbę pojedynczą, co wynika z odmiany tego wyrazu, np. *wielu przepompowni, jednej przepompowni*. W ocenie Odwołującego na to, że określenie to dotyczyło w tym przypadku wielu przepompowni jednoznacznie wskazuje następny człon zdania zawierający wyrażenie *o łącznej wydajności*. Odwołujący zadał w odwołaniu retoryczne pytanie po co wyrażenie *o łącznej* – jeśli Zamawiający dopuszczałby wyłącznie jedną przepompownię. Według Odwołującego w takim przypadku warunek powinien brzmieć *minimum jedną robotę budowlaną obejmującą budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont jednej przepompowni o wydajności Q= 6,0 m<sup>3</sup>/s. tj. 2/3 wydajności obiektu*.

Odwołujący podniósł, że działał w zaufaniu do Zamawiającego, który tymczasem – przez dokonanie zawężającej wykładni nieprecyzyjnego i niejednoznacznego warunku udziału w postępowaniu – pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał ograniczenia spornego warunku udziału w ten sposób, że wykazywana minimum jedna robota budowlana ma obejmować budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont jednej przepompowni o łącznej wydajności Q= 6,0 m<sup>3</sup>/s. Według Odwołującego w ten sposób Zamawiający pozbawił możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy w ramach jednej roboty budowlanej wykonali budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont kilku przepompowni o łącznej wydajności Q= 6,0 m<sup>3</sup>/s. W ocenie Odwołującego przez podjęcie decyzji o wykluczeniu go z postępowania – Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ

## Sygn. akt KIO 384/13

polegającej na ograniczeniu warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, co jest niedopuszczalne z mocy art. 38 ust. 4 pzp, gdyż zmiana została dokonana już po terminie składania ofert.

Jako podsumowanie podniesionych zarzutów w odwołaniu zaprezentowano przegląd orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazującego na konieczność rozstrzygania nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy, cytując fragmenty uzasadnień wyroków, które zostały wydane: 17 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 167/10, 19 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 746/11, 20 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 807/10, 9 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 405/10, 28 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 60/09 oraz 30 września 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1301/09.

25 lutego 2013 r. (pismem.) wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie z 22 lutego 2013 r., w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający wskazał, że mając na względzie dotychczasowe negatywne doświadczenia z wykonawstwem robót budowlanych przepompowni, spowodowane brakiem odpowiedniego doświadczenia po stronie wykonawców oraz brak staranności wykonania – postanowił zmienić kryteria oceny ofert, a także warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia. W miejsce dotychczas stosowanego jednego kryterium – ceny, wprowadzono również kryterium gwarancji (waga kryteriów: cena 70 %, gwarancja 30%). Zamawiający stwierdził, że dzięki wprowadzeniu kryterium gwarancji i zaoferowaniu przez Odwołującego najdłuższego okresu gwarancji – uzyskał on najwyższą liczbę punktów, pomimo zaoferowania wyższej od innych oferentów ceny. Zamawiający podał, że zgodnie z pozwoleniem wodnoprawnym przepompownia Wola Podłężna ma następujące zadania: odwodnienie odkrytki Drzewce PAK KWB Konin i odprowadzanie ścieków pokopalnianych, pompowanie wód powierzchniowych (rzeki) Kanał Grójecki do rzeki Warty; jest umiejscowiona w wale przeciwpowodziowym rzeki Warta i spełnia funkcje przeciwpowodziowe oraz melioracyjne. Ponieważ obiekt przewidziany do remontu ma wydajność 9m<sup>3</sup>/s jest znacznie większy i znacznie bardziej skomplikowany niż typowa przepompownia melioracyjna w pkt SIWZ 5.2 zapisano, że warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: – minimum jedną robotę budowlaną obejmującą budowę lub modernizację lub przebudowę lub remont przepompowni o łącznej wydajności Q = 9,0 m<sup>3</sup>/s i

i roboty na obiektach hydrotechnicznych o wartości 5 mln zł. Zamawiający podał, że zgłoszono zastrzeżenia do tak postawionego warunku. Zamawiający obawiając się, że może mieć trudności ze znalezieniem wykonawców obniżył kryterium Q do 6 m<sup>3</sup>/s – co stanowi 2/3 wydajności przepompowni, pozostawiając dodatkowy warunek (roboty na obiektach hydrotechnicznych o wartości 5 mln zł) bez zmian.

Ponieważ Odwołujący w złożonej ofercie nie wykazał się przedmiotową wiedzą i doświadczeniem – Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 pzp.

Odnosnie twierdzenia Odwołującego, że pod pojęciem jednej roboty budowlanej może się mieścić kilka przepompowni – Zamawiający uważa, że w tym przypadku najlepiej posłużyć się definicjami roboty budowlanej, budowli i obiektu budowlanego zawartymi w art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (tekst jednolity Nr 243 poz. 1623).

*Ilekroć w ustawie jest mowa o:*

*1) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć:*

*a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi,*

*b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami,*

*c) obiekt małej architektury;*

*7) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;*

*3) budowli — należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową. [cytat za odpowiedzią na odwołanie]*

Zdaniem Zamawiającego z powyższego wynika, że pod pojęciem jednej roboty budowlanej nie mieści się kilka przepompowni.

Z kolei według Zamawiającego odpowiedź na pytanie co się kryje pod pojęciem o łącznej wydajności znajduje się w zwartym w SIWZ opisie przedmiotu zamówienia pkt 3.2. *Zakres inwestycji – Podstawowe dane charakteryzujące przedmiot zamówienia:*

*Przepompownia Wola Podłęzna, gm. Kramsk, powiat koniński. Przedmiotowa inwestycja obejmuje: wymianę istniejących 6 agregatów pompowych na nowe pompy zatapialne o wydajnościach zbliżonych do pomp istniejących, wraz z całkowitą ich automatyzacją (...)* Zamawiający podsumował, że chodzi tutaj o łączną wydajność 6 agregatów pompowych, a nie 6 przepompowni.

Ponadto zdaniem Zamawiającego jeżeli Odwołujący miał wątpliwości odnośnie wymogów pkt 5.2 SIWZ, miał możliwość zadania pytań Zamawiającemu w trybie art. 38 pzp. Zamawiający stwierdził, że nie mieli takich wątpliwości inni wykonawcy: ci, którzy złożyli oferty wykazując doświadczenie przy wykonywaniu przepompowni o wydajności większej niż  $6 \text{ m}^3/\text{s}$ , a także ci, którzy wprost odczytali postawiony warunek  $6 \text{ m}^3/\text{s}$  i, mimo że posiadali doświadczenie w przepompowniach o mniejszych wydajności, np.  $2,3 \text{ m}^3/\text{s}$ , z powodu braku doświadczenia na dużych obiektach (powyżej  $6 \text{ m}^3/\text{s}$ ) nie złożyli ofert.

Zamawiający podniósł również, że problem spełniania przez Odwołującego wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia był przedmiotem opinii biegłego prof. dr. hab. inż. W..... B....., który podzielił stanowisko Zamawiającego – na dowód czego została załączona do odpowiedzi na odwołanie.

20 lutego 2013 r. Zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom kopię odwołania. 25 lutego 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 22 lutego 2013 r. zawierające zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – HYDROWAT Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Koninie oraz Powen Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z przekroczeniem 3-dniowego zawitego terminu, a także bez przekazania jego kopii Odwołującemu (co wynika z rozdzielnika pisma i zostało potwierdzone na posiedzeniu przez pełnomocnika wykonawców zgłaszających przystąpienie), czyli bez zachowania dwóch spośród trzech wymagań formalnych przewidzianych w art. 185 ust. 2 pzp – Izba uznała je za nieskuteczne.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zgłoszono w tym zakresie wniosków przeciwnych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania



odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutu przeciwko wykluczeniu go z postępowania. Jednocześnie ta czynność podjęta przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z udzielonymi wyjaśnieniami i zmianami jej treści, oferty Odwołującego, pism Zamawiającego i Odwołującego w toku badania ofert, a także z protokołu postępowania.

Izba ustaliła, że w odwołaniu prawidłowo zacytowano pkt 5.2 SIWZ – w brzmieniu sprzed i po zmianie z 10 grudnia 2012 r., jak również kluczową część uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego. Z kolei zarówno w tym zawiadomieniu, jak i w odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy podano, że Odwołujący był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów, a nie – jak mylnie podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła na podstawie treści uzasadnienia odwołania (której nie przywołano powyżej), że wyszczególniony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w istocie stanowi niedopuszczalną z mocy art. 180 ust. 2 pzp próbę podniesienia zarzutu wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W odwołaniu wskazano okoliczności, które mają świadczyć o tym, że wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Potwierdził się zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niespełnianie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż ocena ta została dokonana przez Zamawiającego w sposób wykraczający ponad treść opisu zawartego w pkt 5.2 s.i.w.z.

Na wstępie należy podkreślić, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu (w aktualnym stanie prawnym nazywany *opisem sposobu dokonania oceny spełnienia warunków*) jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełnienia przeprowadzić na zasadzie *spełnia – nie spełnia*. W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom. Natomiast zasada równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji *w postępowaniu nakazują przy interpretowaniu warunków udziału stosować, co do zasady,*

literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień należy się kierować przede wszystkim zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. W doktrynie i orzecznictwie utrwalil się przy tym pogląd, że ewentualne niejasności i brak precyzji sformułowania warunków udziału w postępowaniu nie może powodować niekorzystnych skutków dla wykonawców dążących w dobrej wierze do wykazania ich spełnienia. Z drugiej strony w orzecznictwie Izby pojawiło się również stanowisko akcentujące znaczenie przepisu art. 22 ust. 4 pzp jako wskazówki interpretacyjnej ograniczającej swobodę interpretacji warunków udziału w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, tzn. jeżeli w określonej postaci stały się one obowiązujące w postępowaniu, należy je interpretować jako związane i pozostające w odpowiedniej proporcji z przedmiotem zamówienia.

Izba zważyła w rozstrzyganej sprawie, że interpretacja postulowana przez Odwołującego mieści się w ramach prowadzonej w dobrej wierze literalnej interpretacji sposobu oceny spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w pkt 5.2 s.i.w.z. Po pierwsze, wprowadzony w tym opisie termin *roboty budowlane* wcale (wbrew temu co twierdził Zamawiający) nie odpowiada terminologii Prawa budowlanego, które (jak to adekwatnie przytoczono w odpowiedzi na odwołanie) posługuje się wyłącznie terminem *robót budowlanych*. Terminologia wprowadzona przez Zamawiającego jest wręcz niepoprawna językowo, gdyż dla określenia różnorodnych zbiorowych prac fizycznych, np. budowlanych, drogowych, polowych etc. w języku polskim występuje tylko rzeczownik w liczbie mnogiej *roboty*. Starając się jednak nadać jakiś sens wprowadzonej przez Zamawiającego swoistej terminologii można ją również odczytać np. jako wymaganie, aby dalej opisany rodzaj i zakres doświadczenia został zdobyty w ramach jednej umowy na roboty budowlane. Zamawiający musiał mieć tego świadomość, gdyż w zawiadomieniu o wykluczeniu nie podważał tego, że któraś z dwóch pozycji wyszczególnionych w wykazie załączonym do oferty Odwołującego nie ma przymiotu *jednej roboty budowlanej*. Zamawiający potwierdził to również na rozprawie, zatem cytowana w odpowiedzi na odwołanie terminologia Prawa budowlanego może być tylko rozpatrywana jako argument uzasadniający jego stanowisko, że przedmiotem tych robót budowlanych miał być tylko jeden obiekt budowlany, a dokładniej budowla hydrotechniczna w postaci przepompowni. W ocenie Izby opisanie w słowniku pojęć Prawa budowlanego terminu *roboty budowlane* jako odnoszącego się do wykonywania określonych rodzajów prac na jednym

obiekcie budowlanym, nie oznacza, że konkretne roboty budowlane nie mogą dotyczyć więcej niż jednego obiektu budowlanego. Kodeks cywilny w art. 647 również definiuje umowę o roboty budowlane odwołując się do obiektu, a nie obiektów. Nie stoi to jednak na przeszkodzie, a jest to wręcz regułą przy skomplikowanych inwestycjach, zawieraniu jednej umowy na roboty budowlane dotyczące szeregu powiązanych ze sobą obiektów. Jeżeli intencją Zamawiającego było wymaganie od wykonawców wykazania doświadczenia uzyskanego przy robotach budowlanych związanych z jednym obiektem, należało to wyraźnie zapisać, np. w sposób sugerowany w odwołaniu. Tymczasem w treści warunku pojawia się *jedna robota budowlana*, a po określeniu rodzajów prac pojawia się słowo *przepompowni*, które można odczytać prawidłowo zarówno jako rzeczownik użyty w liczbie pojedynczej, jak i mnogiej, gdyż brak przy nim dookreślenia *jednej* (przepompowni). Zdaniem Izby możliwość takiego odczytania dodatkowo wzmacnia określenie wymaganego poziomu wydajności z użyciem sformułowania, że chodzi o *łącną* wydajność przepompowni. Natomiast zdaniem Izby w załączonej do odpowiedzi na odwołanie opinii zamówionej przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony skrócono ostateczną treść warunku do następującej postaci: ... *minimum jedną robotę budowlaną obejmującą budowę lub modernizację lub remont przepompowni o łącznej wydajności  $Q=6,0 \text{ m}^3/\text{s}$  obiektu*, gdyż gdyby tak właśnie brzmiał warunek nie byłoby wątpliwości, że wykonane w przeszłości prace miały dotyczyć jednego obiektu przepompowni o takiej wydajności. Natomiast istniejące w rzeczywistości sformułowanie ...*przepompowni o łącznej wydajności  $Q=6,0 \text{ m}^3/\text{s}$ . tj. 2/3 wydajności obiektu*, stanowi wskazanie, że wymagany poziom wydajności zrealizowanej lub zrealizowanych przepompowni stanowi 2/3 wydajności obiektu przepompowni stanowiącego przedmiot zamówienia.

Izba nie kwestionuje intencji, które przyświecały Zamawiającemu przy kształtowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Jednakże podstawą rozstrzygnięcia w sprawie jest wyłącznie stwierdzenie, że nie znalazły one odzwierciedlenia w treści warunku wynikającej z s.i.w.z. Natomiast poza zakresem kognicji Izby jest kwestia, czy warunek w postaci, którą Zamawiający chciał uzyskać, jest konieczny dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Wiedza i doświadczenie wymagana od wykonawców w ramach warunku udziału w postępowaniu nie musi, a zwykle nie może, być tożsama z przedmiotem zamówienia. Z tego względu w art. 22 ust. 4 pzp wymaga się aby opis spełniania warunku udziału był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co szczególnie znajduje odbicie w przypadku wiedzy i doświadczenia wymaganej od wykonawców. W rozstrzyganej sprawie jasne było tylko to, że początkowo Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji robót budowlanych

dotyczących przepompowni o przepustowości na poziomie równym przepompowni objętej przedmiotem zamówienia, a następnie ją obniżył do poziomu odpowiadającego 2/3 tej przepustowości. Natomiast przywołane powyżej niedoskonałości sformułowania tego opisu w pkt 5.2 s.i.w.z. nie pozwalały na rozstrzygnięcie, że wymagane było wyłącznie doświadczenie w realizacji robót związanych z jednym obiektem o takiej przepustowości, a nie kilku powiązanych ze sobą obiektów, które łącznie mają taką przepustowość. Tymczasem również tak rozumiany opis sposobu oceny spełniania warunku pozostaje związany z przedmiotem zamówienia oraz jest proporcjonalny do niego, tyle że w nieco inny sposób, niż było to intencją Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, że dwóch spośród trzech wykonawców postąpiło zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, skoro sposób wykazania spełniania warunku przez Odwołującego również mieścił się w ramach opisu dokonanego w pkt 5.2 s.i.w.z.

Izba w nieprawidłowej ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego nie dopatrzyła się naruszenia art. 38 ust. 4 pzp przez Zamawiającego, gdyż nie oznacza to dokonania zmiany treści s.i.w.z. po terminie składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Z uwagi na związanie przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....