

**WYROK**

**z dnia 27 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Rejonowy Związek Spółek Wodnych Zakład Eksploatacji Systemów Melioracyjnych, ul. Przemysłowa 18a, 14 – 500 Braniewo** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gminę i Miasto Młynary, ul. Dworcowa 29, 14 – 420 Młynary**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wykonawcy Rejonowego Związku Spółek Wodnych Zakładu Eksploatacji Systemów Melioracyjnych z Braniewa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę i Miasto Młynary, ul. Dworcowa 29, 14 – 420 Młynary, i:**
  - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rejonowy Związek Spółek Wodnych Zakład Eksploatacji Systemów Melioracyjnych, ul. Przemysłowa 18a, 14 – 500 Braniewo tytułem wpisu od odwołania.**
  - 2.2 **zasądza od zamawiającego Gminy i Miasta Młynary, ul. Dworcowa 29, 14 – 420 Młynary na rzecz wykonawcy Rejonowego Związku Spółek Wodnych Zakładu Eksploatacji Systemów Melioracyjnych, ul. Przemysłowa 18a, 14 – 500 Braniewo kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ełblągu**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „przebudowa mostu w ciągu drogi gminnej nr 107004N w miejscowości Zastawno.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 24 czerwca 2015 r. pod numerem 93541 – 2015.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy na skutek niezasadnego przyjęcia, że w złożonej ofercie Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez „wykluczenie oferty Odwołującego” pomimo braku jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że w ofercie Odwołującego zawarte są nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie oferty Odwołującego pomimo, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty wykazu robót o podobnym charakterze oraz *Poświadczenia należytego wykonania* nr MUW.MR.6005-01-1-7/15 z dnia 11 lutego 2015 r.
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo nieistnienia podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Partner s.c. K. G., A. R. i Przedsiębiorstwa Usług Drogowo - Mostowych J. P., w sytuacji, w której ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ była oferta Odwołującego;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z załączonych do niniejszego odwołania dokumentów, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia, a nadto o powołanie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, w celu ustalenia, czy wykonane

przez Odwołującego roboty pn. „Odbudowa jazu w km 1+992 rzeki Młyńska Struga w miejscowości Osetnik, gm. Ometa, woj. warmińsko – mazurskie” są robotami o podobnym charakterze do robót będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, a w szczególności ze względu na obiekt realizacji, zakres, stopień skomplikowania oraz wartość;

- 2) nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w pkt. 2 - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w szczególności wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na brak spójności pomiędzy określeniem podstawy prawnej „wykluczenia oferty Odwołującego” a przytoczeniem podstawy faktycznej, która rzekomo ma uzasadniać wykluczenie Odwołującego z postępowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający konsekwentnie powołuje się na treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. na przepis, który nakazuje wykluczenie wykonawcy, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że podanie takiej podstawy prawnej „wykluczenia oferty” Odwołującego jest czynnością, która dyskredytuje - w sposób szczególny obciąża - osobę, która w imieniu Zamawiającego podpisała i złożyła ofertę. Podając taką podstawę prawną wykluczenia Zamawiający stwierdza bowiem, że Odwołujący próbował Zamawiającego oszukać. Zdaniem Odwołującego, „wykluczenie oferty” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być czynnością stosowaną wyjątkowo, tj. jedynie wówczas, gdy Zamawiający ma pewność, że oferta zawiera nieprawdziwe informacje. W takim przypadku Zamawiający powinien wskazać, w jakim zakresie informacje są nieprawdziwe, a nadto wyjaśnić, na podstawie jakich przesłanek i dowodów Zamawiający doszedł do przekonania o nieprawdziwości tych informacji oraz jakie znaczenie ten fakt ma lub potencjalnie może mieć dla wyniku postępowania przetargowego. Odwołujący zwrócił uwagę, że tego rodzaju argumentacji próżno szukać w zawiadomieniu Zamawiającego z dnia 13 lipca 2015 r.

Zamiast tego, uzasadniając konieczność wykluczenia Zamawiający twierdzi, że roboty, na które powołał się Odwołujący w treści oferty, tj. „*Odbudowa jazu w km 1+992 rzeki Młyńska Struga w miejscowości Osetnik (...)*“ nie są robotami podobnymi do zadania będącego przedmiotem zamówienia. W związku z taką konstatacją Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału 5 pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ.

Wobec powyższego, Odwołujący wskazał na naruszenie dwóch przepisów ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3, na który, jak podaje, Zamawiający się powołał, nawet nie twierdząc, że zaistniała podstawa faktyczna jego stosowania oraz art. 24 ust. 2 pkt 4, na który Zamawiający się nie powołał, lecz sugeruje, że przesłanki opisane w treści tego przepisu są podstawą wykluczenia oferty Odwołującego.

W związku z tym, że jak podał Odwołujący, Zamawiający nawet nie próbował wykazywać, że Odwołujący przedstawił w ofercie jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje, zdaniem Odwołującego, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wymaga żadnego dalszego uzasadnienia. Wystarczy bowiem jedynie stwierdzenie, że Odwołujący nie zawarł w ofercie żadnych nieprawdziwych informacji i dlatego wykluczenie oferty Odwołującego jest rażącym naruszeniem wskazanego przepisu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ w treści oferty Odwołujący wykazał wykonanie dwóch robót podobnych o wartości wyższej niż 170.000,00 zł każda. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma prawa domagania się tego, aby oferenci wykazali wykonanie robót identycznych do robót będących przedmiotem zamówienia. Takie podejście byłoby sprzeczne z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz z treścią art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien zatem ocenić nie to, czy wykonawca wykonywał już roboty identyczne do tych będących przedmiotem zamówienia. Przedmiotem oceny powinno być to, czy opisane w treści oferty roboty pozwalają przyjąć, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający powinien zatem oceniać, nie to, czy roboty są identyczne, lecz to, czy roboty są podobne. Pozostaje jeszcze pytanie o kryteria podobieństwa. W ocenie Odwołującego, w tym zakresie można odnieść się do obszernego i dość spójnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazuje, że istnienie lub brak istnienia podobieństwa należy oceniać ze względu na obiekt realizacji, zakres, stopień skomplikowania oraz wartość (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 665/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 693/08). Odwołujący zwrócił również uwagę, że w treści SIWZ Zamawiający nie sprecyzował, co dokładnie rozumie pod pojęciem robót podobnych.

Wobec tego brak precyzji i staranności po stronie Zamawiającego w tym zakresie, zdaniem Odwołującego, nie powinien wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w tej sprawie również wypowiedział się Zespół Arbitrów (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-595/07).

W ocenie Odwołującego, sporne roboty były robotami podobnymi do robót objętych zamówieniem ze względu na obiekt realizacji, zakres, stopień skomplikowania oraz wartość, o czym świadczy przedstawiona przez Odwołującego analiza porównawcza.

Odwołujący wskazał, że w obydwu zadaniach wystąpiły identyczne elementy robót, tj.

- 1) roboty przygotowawcze w postaci: robót pomiarowych, karczowania drzew, wykonania grodzy ziemnych, rozbiórki konstrukcji,
- 2) roboty ziemne w postaci wykopów wykonanych koparkami, wykonania nasypów z zagęszczeniem,
- 3) podbudowy w postaci wykonania podbudowy stabilizowanej kruszywem łamanym i betonem,
- 4) roboty betonowe w postaci wykonania wykopów, betonowania,
- 5) roboty umocnieniowe w postaci umocnienia materacami gabionowymi o podobnych parametrach zgodnie z takimi samymi normami, wykonania palisady 12-14 cm dł. 1,5 m umocnienia i plantowania skarp poprzez humusowanie z obsianiem, brukowanie kamieniem.

W obydwu zadaniach wystąpiły, jak podaje Odwołujący, podobne elementy robót, tj.

- 1) roboty nawierzchniowe w postaci wykonania z betonu nawierzchni nad jazem i przepławką, ułożenia drogi z płyt betonowych,
- 2) elementy zabezpieczające w postaci montażu balustrad stalowych i poręczy.

Odwołujący wyjaśnił, że w spornym zadaniu Odwołujący nie instalował wprawdzie rury stalowej. Zamiast tego wykonano ściany konstrukcji żelbetowej zarówno na jazie, jak i przepławce, które umożliwiają przepływ wody. Rura stalowa również jest elementem służącym zapewnieniu przepływu wody, a jej zamontowanie, zdaniem Odwołującego, nie jest bardziej skomplikowane od wykonania konstrukcji żelbetowej. Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że we wszystkich elementach przewidzianych do wykonania w ramach obu zadań obowiązują takie same normy techniczne.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty *Wykazu robót o podobnym charakterze oraz Poświadczenia należytego wykonania* nr MUW.MR.6005-01-1-7/15 z dnia 11 lutego 2015 r. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek zażądania wyjaśnień od wykonawcy. Wyjaśnienia umożliwiłyby bowiem Zamawiającemu dokonanie ustalenia, że roboty, na które powołał się Odwołujący były robotami podobnymi do prac objętych zamówieniem. Stanowisko Odwołującego co do naruszenia tego przepisu prawa, jak zauważył Odwołujący, jest zbieżne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 3 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 645/13).

Reasumując Odwołujący stwierdził, że konsekwencją naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp było naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo nieistnienia podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum: Partner s.c. K. G., A. R. i Przedsiębiorstwa Usług Drogowo - Mostowych J. P., w sytuacji, w której ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ była oferta Odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest *„odbudowa mostu w formie przepustu z rury stalowej z blach falistych o przekroju nisko-profilowym, łukowo-kołowym o świetle poziomym 4,14 m oraz świetle pionowym 2,82 m, długości 10,88 m i powierzchni przekroju 9,15 m zgodnie z projektem budowlano – wykonawczym pn. „Przebudowa mostu w ciągu drogi gminnej Nr 107004N w msc. Zastawno (działka Nr 224) w km 5+035” oraz „przedmiarem robót (...)” – rozdział III pkt 2 SIWZ.*

W rozdziale V. pkt 2 ppkt 1.2 Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że warunki te zostaną uznane za spełnione, jeśli wykonawcy *„wykażą się wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych o podobnym charakterze co przedmiot zamówienia o wartości minimum 170 000,00 zł każda wraz z referencjami, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”.*

W celu wykazania spełniania rzeczonych warunków udziału w postępowaniu należało przedłożyć *„Wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat licząc od dnia złożenia oferty, 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”* (rozdział VI lit. C.1 SIWZ).

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą *Wykaz robót o podobnym zakresie*, w którym wskazał dwie roboty budowlane o wartości powyżej 1.000.000,00 zł:

- 1) *„Odtworzenie – kształtowanie przekroju podłużnego i poprzecznego oraz układu poziomego koryta rzeki Trybówka gm. Rozogi – wykonanie przepustów z rur stalowych spiralnie karbowanych”* (poz. 1).
- 2) *„Odbudowa jazu w km 1+992 rzeki Młyńska Struga w miejscowości Osetnik gm. Orneta woj. warmińsko - mazurskie - budowa przeławki - odbudowa jazu”* (poz. 2).

W Wykazie podano również robotę polegającą na przebudowie przepustu w ciągu drogi gminnej nr 11009N w miejscowości Płoskinia, której wartość kształtuje się na poziomie ok. 70.000,00 zł.

Wraz z Wykazem Odwołujący przedłożył *Poświadczenie należytego wykonania* z dnia 11 lutego 2015 r., dotyczące spornej roboty. Z jego treści wynika, że „zakres robót obejmował wykonanie robót budowlanych związanych z wykonaniem zadania, polegających na:

- wykonaniu robót przygotowawczych, w tym roboty pomiarowe, karczowanie drzew i zagajników, wykonanie grodzi ziemnych z worków, wykonanie odwodnień, układanie drogi technologicznej;
- wykonaniu robót rozbiórkowych, w tym rozbiórka zamknięcia zasuwowego, kładki roboczej oraz umocnień za płytą wypadu, usunięcie zniszczonych powłok betonowych na przyczółkach;
- wykonaniu robót kafarowych;
- wykonaniu robót ziemnych, w tym wykopy rowów i kanałów, wykonanie warstwy filtracyjnej, zasyp wnęk ze ścianami budowli;
- wykonaniu robót konstrukcyjnych betonowych i żelbetonowych, wykonanie dodatkowego filtra, w tym ręczne skucie powierzchni starego betonu, czyszczenie na mokro powierzchni betonowych, deskowanie, wykonanie kotwy wklejanej, izolacja pozioma, wykonanie zbrojenia oraz betonowanie konstrukcji jazu;
- wykonaniu naprawy konstrukcji betonu, w tym ręczne skucie oraz czyszczenie na mokro powierzchni betonu, wykonanie warstwy szczepnej, reprofilacja naroży, wypełnienie ubytków na powierzchniach konstrukcji żelbetonowych poziomych;
- wykonaniu elementów technologicznych jazu i przepławki, w tym remont zasuwu głównej jazu, odbudowa wnęk zasuw głównych oraz awaryjnych, montaż kładek i balustrad stalowych, wykonanie bruku na skarpach, wykonanie i założenie szandoru w przepławce, montaż reperów;
- wykonaniu robót umocnieniowych, w tym wykonanie palisady z kołków, umocnienie dna i skarp za pomocą koszy siatkowo-kamiennych, skarp za pomocą kamiennych materacy wegetacyjnych, stopy skarpy za pomocą wegetacyjnego walca kamiennego oraz kieszki faszynowej;
- wykonaniu robót wykończeniowych, w tym wykoszenie i wygrabienie porostów, plantowanie skarp i dna wykopów, humusowanie skarp z obsianiem;”

Pismem z dnia 13 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował, że Odwołujący został wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że: „Wskazany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdział V pkt 1



*ppkt 1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. nie wykazał co najmniej dwóch robót budowlanych o podobnym charakterze co przedmiot zamówienia o wartości minimum 170 tys. zł każda. Wykonawca w załączonym wykazie robót o podobnym zakresie wykazał trzy roboty budowlane, w tym dwie o wartości powyżej 170. tys. zł oraz jedną poniżej tej kwoty. Zamawiający stwierdził, że wykazane zadanie pn. „Odbudowa jazu w km 1+992 rzeki Młyńska Struga w miejscowości Osetnik, gm. Orneta woj. warmińsko-mazurskie – budowa przepławki i odbudowa jazu” nie spełnia warunku robót o podobnym charakterze co przedmiot zamówienia. Ponieważ przedmiotem zamówienia jest odbudowa mostu w formie przepustu z rury stalowej z blach falistych o przekroju nisko-profilowym, łukowo-kołowym, a wykazana robota zawiera roboty polegające na odbudowie i remoncie żelbetonowego jazu oraz żelbetonowej i stalowej kładki nad jazem, natomiast nie zawiera elementu w postaci przepustu z rury stalowej z blach falistych o przekroju łukowo-kołowym jaki jest podstawą przedmiotowego zamówienia.” Jednocześnie Zamawiający podał, że oferta Odwołującego została odrzucona, „ponieważ została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, a w związku z tym zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o zamówienie podlega odrzuceniu.”*

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczności wskazane w treści odwołania i w toku rozprawy uznając, iż nie jest on niezbędny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, wobec wyjaśnień pełnomocnika Zamawiającego złożonych na rozprawie i niebudzących wątpliwości, a nadto pozostających w korelacji z uzasadnieniem faktycznym decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został podany omyłkowo jako podstawa prawa przedmiotowej decyzji Zamawiającego, rozpoznanie zarzutu naruszenia powołanego przepisu należało uznać za bezprzedmiotowe. Na marginesie zauważyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mógłby stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, w której okoliczności podane przez wykonawcę celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu odpowiadają prawdzie, niemniej jednak w istocie potwierdzeniu spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu nie mogą służyć.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazać należy, iż znalazł on potwierdzenie, choć zwrócić należy uwagę Odwołującemu, że w sposób nieuprawniony zamiennie posługuje się terminem „wykluczenie odwołującego” i „wykluczenie oferty Odwołującego”. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że

uprawnieniem Zamawiającego jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z przepisu art. 22 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający może kształtować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zabezpieczyć dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia i dającym gwarancję jego należytego wykonania. W zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający winien ustanowić warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu podmioty posiadające wiedzę i doświadczenie niezbędne do zrealizowania zamówienia. Jeśli zaś Zamawiający rezygnuje z konkretyzacji przedmiotowego warunku, posługując się pojęciami nieostryimi po pierwsze, stwarza pole do określonej interpretacji, godząc się jednocześnie, że zakres tego warunku nie jest ściśle wyznaczony przez Zamawiającego, po drugie zaś, brak precyzji w tym zakresie, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, nie może być poczytywany na niekorzyść wykonawcy, a tak sformułowany warunek nie może podlegać ścisłej wykładni.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania, którą podał Zamawiający w swojej decyzji, był fakt, że sporna robota budowlana *„nie zawiera elementu w postaci przepustu z rury stalowej z blach falistych o przekroju łukowo-kołowym”*. Powyższe wskazuje, że Zamawiający oczekiwał, celem wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykazania się robotą tożsamą z przedmiotem zamówienia. Rzeczony oczekiwanie nie znajduje jednakże uzasadnienia w świetle sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, skoro Zamawiający odwołuje się do robót podobnych. Nadto, podana interpretacji nie mogłaby się ostać w świetle przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Dalej wskazać należy, że Zamawiający dopiero na rozprawie starał się wykazać, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był brak podobieństwa spornej roboty referencyjnej i przedmiotu zamówienia, jednakże powyższe nie mogło odnieść skutku, bowiem przedmiotem badania Izby jest czynność Zamawiającego (art. 180 ustawy Pzp) i ocena okoliczności, które legły u podstaw podjętej czynności, a nie zdarzenia wskazywane w toku rozprawy, które w zakresie uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego się nie mieszczą.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż argumentacja Zamawiającego powołana na rozprawie nie mogłaby być uznana za uzasadniającą kwestionowaną decyzję Zamawiającego. Zamawiający podał, że biorąc pod uwagę natężenie ruchu kołowego na moście, mającym być przedmiotem przebudowy, należało legitymować się robotą budowlaną o dużej nośności. Zdaniem Izby, jeśli Zamawiający cechę tę uważał za istotną nic nie stało na przeszkodzie, aby wskazał ją jako element warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Skoro zaś tego zaniechał, to na obecnym etapie postępowania nie

może formułować w sposób ścisły kryteriów podobieństwa pomiędzy robotą referencyjną a przedmiotem zamówienia.

Nie jest również trafny argument Zamawiającego, że na przeszkodzie stwierdzeniu podobieństwa spornego zadania i przedmiotu zamówienia stoi reżim regulacji prawnych, które znajdują zastosowanie do obu budowli. Nie należy zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że budowa czy też przebudowa jazu podlega jedynie rygorom ustawy Prawo wodne (Dz. U. 2015, poz. 469) a nie ustawy Prawo budowlane (Dz. U. 2013, poz. 1409 ze zm.), które to regulacje odnoszą się z kolei do obiektów mostowych. Analiza przepisu art. 1 w zw. z art. 3 pkt 3 i 7 ustawy Prawo budowlane pozwala na stwierdzenie, że roboty budowlane, których przedmiotem są budowle hydrotechniczne, a do takich należy jaz, winny być prowadzone zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane. Ustawa prawo wodne, które reguluje gospodarowanie wodami (art. 1 powołanej ustawy), zawiera również regulacje dotyczące budownictwa wodnego (art. 62 i n. przedmiotowej ustawy), ale z punktu widzenia tejże gospodarki wodnej. Zaś, przepisy ustawy Prawo budowlane nie naruszają przepisów odrębnych, a w szczególności prawa wodnego w odniesieniu do urządzeń wodnych (art. 2 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo budowlane).

Nadto, zauważyć należy, że Odwołujący co prawda nie wykonał przepustu z rury stalowej, ale ściany konstrukcji żelbetowej, zarówno na jazie, jak i na przepławce, które umożliwiają przepływ wody. Ponadto, na referencyjne roboty budowlane, jak wskazał Odwołujący, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, składają się czynności tożsame z tymi, które należy wykonać w ramach przedmiotowego zamówienia, jak również podobne. Wydaje się również, że odbudowa mostu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego i odbudowa jazu, wykonana przez Odwołującego, są robotami podobnymi zważywszy na przedmiot i zakres robót budowlanych, a wykonanie referencyjnego zdania nie było przedsięwzięciem mniej skomplikowanym niż planowana realizacja zamówienia, a w każdym razie Zamawiający okoliczności tej skutecznie nie zaprzeczył.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp to nie podlega ona rozpoznaniu ze względu na ograniczenia wynikające z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, zarzut ten należałoby ocenić jako chybiony z tej przyczyny, że treść powoływanego *Poświadczenia należytego wykonania* spornych robót nie budzi wątpliwości i nie rodziła takowych po stronie Zamawiającego, a podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania nie było błędne ustalenie zakresu robót referencyjnych, ale wadliwa ocena zadania w świetle postawionego warunku udziału w postępowania.

Na marginesie zauważyć jedynie należy, że względu na wspomniane ograniczenia wynikające z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w sytuacji, w której referencyjna usługa uznana zostałaby za niepotwierdzającą spełnienia przedmiotowego warunku, obowiązkiem Zamawiającego, w świetle przepisu art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, byłoby wezwanie Odwołującego do uzupełnienia Wykazu robót i dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, hipotezą normy zawartej w powołanym przepisie objęte są również sytuacje, w których wykonawca wskazał robotę, która nie potwierdza spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, z tym zastrzeżeniem, że wezwanie może mieć miejsce tylko jednokrotnie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należało uznać za trafny. Wobec braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, oferta Odwołującego podlegała ocenie. W tym miejscu należy zwrócić uwagę Zamawiającemu, że wskazanie powołanego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwe również z tej przyczyny, że wskazany przepis nie znajduje zastosowania w sytuacji, w której wykonawca zostaje wykluczony z postępowania, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. W tych okolicznościach bowiem ofertę wykonawcy wykluczonego z mocy prawa uznaje się za odrzuconą (przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), nie podejmuje się w tym przedmiocie dodatkowej czynności. Zaś, przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), w których ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu i oferty następuje na różnych etapach. Wtedy bowiem jest możliwe stwierdzenie, że ofertę złożył wykonawca wykluczony (po ocenie wniosków).

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie podlega rozpoznaniu, gdyż kwestionowana czynność nie mieści się w katalogu czynności, o których mowa w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Na marginesie wskazać jedynie należy, że brak podstaw do twierdzenia, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający kierował się innymi kryteriami wyboru oferty niż te, które wskazał w SIWZ.

Wadliwość czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu oferty Odwołującego powoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej obarczony jest błędem. Stąd też zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należało uznać za słuszny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....