

WYROK
z dnia 13 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Barbara Bettman

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Biuro Inżynierii Komunikacyjnej ESTAKADA Sp. z o.o. (lider), Budownictwo Komunikacyjne inż. Walenty Kuśnierz (partner), z siedzibą dla lidera: Cikowice 221, 32-700 Bochnia**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Rzeszowski - Zarząd Dróg Powiatowych w Rzeszowie, Miłocin 360, 35-959 Rzeszów** protestu z dnia 31 lipca 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty
czynności wykluczenia najkorzystniejszej, unieważnienie**

Odwołującego

**z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności
badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Powiat Rzeszowski - Zarząd Dróg Powiatowych
w Rzeszowie, Miłocin 360, 35-959 Rzeszów**
i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Biuro Inżynierii Komunikacyjnej ESTAKADA Sp. z o.o. (lider), Budownictwo Komunikacyjne inż. Walenty Kuśnierz (partner), z siedzibą dla lidera: Cikowice 221, 32-700 Bochnia**,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **8062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Powiat Rzeszowski - Zarząd Dróg Powiatowych w Rzeszowie, Miłocin 360, 35-959 Rzeszów** na rzecz **Konsorcjum firm: Biuro Inżynierii Komunikacyjnej ESTAKADA Sp. z o.o. (lider), Budownictwo Komunikacyjne inż. Walenty Kuśnierz (partner), z siedzibą dla lidera: Cikowice 221, 32-700 Bochnia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Biuro Inżynierii Komunikacyjnej ESTAKADA Sp. z o.o. (lider), Budownictwo Komunikacyjne inż. Walenty Kuśnierz (partner), z siedzibą dla lidera: Cikowice 221, 32-700 Bochnia**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. *Przebudowa drogi powiatowej Nr 1237R (109) Wólka Łętowska-Górno w km od 1+300 do 6+653*”, zostało wszczęte przez Powiat Rzeszowski, Zarząd Dróg Powiatowych w Rzeszowie, Miłocin 360, 35-959 Rzeszów, zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 243904-2009 z dnia 17.07.2009 r.

W dniu 27.07.2009 r. Zamawiający przekazał faxem Konsorcjum firm: Biuro Inżynierii Komunikacyjne ESTAKADA Sp. z o.o. (lider), Cikowice 221, 32-700 Bochnia oraz Budownictwo Komunikacyjne inż. Walenty Kuśnierz, ul. Szkolna 10 b, 33-300 Nowy Sącz

(partner) zwanym dalej: „Konsorcjum ESTAKADA” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” zawiadomienie, że zgodnie art. 24 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” zostało wykluczone z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp ze względu na to, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” - wykazane doświadczenie nie spełnia warunków określonych przez Zamawiającego w § 8 pkt 1.1 ppkt 1 Instrukcji dla wykonawców stanowiącej Rozdz. 1 SIWZ (wykazane w referencjach doświadczenie nie jest doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad co najmniej 5-ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN, polegającymi na przebudowie dróg publicznych (gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych). Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oferta została uznana za odrzuconą.

Dnia 30.07.2009 r. (faxem) oddzielną czynnością Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, w której także poinformował o wykluczeniu Konsorcjum ESTAKADA z postępowania i odrzuceniu jego oferty innych uczestników przedmiotowego postępowania.

W dniu 31.07.2009 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 i 2 Pzp Konsorcjum ESTAKADA złożyło protest dotyczący czynności wykonanych przez Zamawiającego w toku postępowania w zakresie przedstawionym w uzasadnieniu do niniejszego protestu. Czynnościom tym Protestujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp poprzez niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania;
 - b) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Protestującego;
 - c) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
 - d) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez działanie wyżej opisane. Poprzez swoje działanie Zamawiający naruszył interes prawny Protestującego. Oferta Protestującego zawiera najniższą, co do wysokości, cenę w postępowaniu, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena.
- W rezultacie działań Zamawiającego, Protestujący został pozbawiony możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym przyznania zamówienia. Protestujący wnosi o:
- a) uwzględnienie protestu,
 - b) unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia oferty Protestującego,
 - c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Protestującego.

Zamawiający w wykluczeniu nie wskazał, które z przedłożonych referencji nie spełniają wymaganego kryterium. Nie zażądał również żadnych wyjaśnień w toku postępowania zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, ani nie wezwał do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Protestujący zauważył, że badanie i ocena 3 ofert złożonych w niniejszym postępowaniu zajęła Zamawiającemu niespełna 4 godziny.

Protestujący nie zgodził się, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, ponieważ wykazał się w ofercie pełnieniem funkcji inspektora nadzoru w okresie ostatnich 3-let nad 7-ma robotami budowlanymi drogowymi o łącznej wartości 28.502.400,- PLN polegającymi na przebudowie dróg publicznych gminnych i krajowych, a w szczególności:

- a) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Budowa mostu na potoku Dłubnia w miejscowości Zerwana w km 649+597 w/c drogi krajowej nr 7 wraz z dojazdami o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 1.366 tys. zł (referencje nr 1); Jakość nadzoru

inwestorskiego została potwierdzony referencjami gdzie Inwestor wpisał: „zakres nadzorowanych robót obejmował: przebudowę odcinka drogi krajowej nr 7 klasy GP”.

b) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Odnową drogi krajowej nr 75 w km 15+241-25+110, 27+600-28+400, 30+250-34+000, 48+913-49+784, 53+100-54+200 o wartości brutto nadzorowanych robót 23.278,8 tys. zł (referencje nr 2); Jakość nadzoru inwestorskiego została potwierdzona przedłożonymi referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków po zakończeniu umowy Nr I/288/DU-8/2004 z 04.07.2005 r. Nadzór inwestorski sprawowany był od 04.07.2005 r. do 19.12.2006 r.

c) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Remont wiaduktu w miejscowości Głogoczów w km 683+937 nad drogą, krajową nr 7 o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 156,5 tys. zł (referencje nr 3); Nadzór nad robotami drogowymi obejmował przebudowę dojazdów do wiaduktu. Jakość nadzoru została potwierdzona referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków.

d) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Przebudowa mostu na potoku Malejówka w miejscowości Malejowa w km 59+735 drogi krajowej nr 28 o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 1.031,4 tys. zł (referencje nr 4); Nadzór nad robotami, drogowymi obejmował przebudowę odcinka drogi krajowej nr 28 klasy GP. Jakość nadzoru została potwierdzona referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków.

e) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Cieniawa o wartości brutto nadzorowanych robót 754 tys. zł (referencje nr 5); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy 33-334 Kamionka Wielka.

f) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Mysłków o wartości brutto nadzorowanych robót 1.106 tys.

zł (referencje nr 5); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy 33-334 Kamionka Wielka.

g) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Kamionka Mała o wartości brutto nadzorowanych robót 809,7 tys. zł (referencje nr 5); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy 33-334 Kamionka Wielka.

Nazwa zadania określona przez Zamawiających jako nadzór inwestorski nad przebudową lub budową mostu nie powinna mieć w przedmiotowym postępowaniu najmniejszego znaczenia ponieważ jak wiadomo wraz z przebudową mostów dostosowuje się drogi do obowiązujących przepisów i na odwrót w czasie przebudowy dróg co najmniej remontuje się istniejące mosty i przepusty. Zamawiający w SIWZ żądał podania jedynie „doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w okresie ostatnich 3-ech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, nad co najmniej 5-ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN polegających na przebudowie dróg publicznych (gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych)”.

Nie zostały określone żadne inne kryteria, na podstawie których można by było nie uznać wykazanych przez Protestującego zadań. Nie została określona ani minimalna wartość robót, ani minimalna długość odcinka przebudowy drogi. Z uwagi na powyższe wszystkie wykazane zadania powinny być uwzględnione jako spełniające kryteria. Ponadto dla każdego zadania „mostowego” przedstawionego w ofercie wymagane było posiadanie przez wykonawcę inspektora nadzoru robót drogowych z odpowiednim doświadczeniem. Wszystkie wykazane zadania, również te dotyczące przebudowy i remontu obiektów mostowych obejmowały swoim zakresem przebudowę odcinka dróg publicznych, co zostało przez nas wskazane w załączniku nr 2.

W dniu 03.08.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Śadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 11.08.2009 r. faxem (pismo z dnia 10.08.2009 r.), poprzez jego oddalenie w całości. Stwierdził, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 -3, to jest nie posiadają uprawnień do wykonywania określonej działalności, nie posiadają niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz nie dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, jak również znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej nie zapewniającej wykonanie zamówienia.

doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nabyte poprzez sprawowanie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w okresie ostatnich 3 - ch lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, nad co najmniej 5 - ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min 5 000 000,00 PLN, polegającymi na przebudowie dróg publicznych (gminnych, wojewódzkich, powiatowych i krajowych)”.

Protestujący przedłożył dokumentację mającą wykazać spełnienie warunku wskazanego w SIWZ. Z dokumentów tych wynika, że Konsorcjum ESTAKADA zrealizowało: a) zadanie nadzoru inwestorskiego nad „Przebudową mostu na potoku Malejówka w miejscowości Malejowa w km 59 + 735 drogi krajowej nr 28 Wadowice - Przemyśl”, b) zadanie pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad remontem, budową i przebudową czterech obiektów mostowych zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych nr 7, 28 część II Budowa mostu na potoku Dłubnia w m. Zerwana w km 649 + 597 w/c drogi krajowej nr 7”. Lider Konsorcjum - Biuro Inżynierii Komunikacyjnej ESTAKADA Sp. z o.o. z/s Cikowice wykazał się pełnieniem nadzoru inwestorskiego dla zadania „Remont wiaduktu w miejscowości Głogoczów w km 683 + 937 nad drogą krajową nr 7”. Natomiast członek Konsorcjum - Budownictwo Komunikacyjne inż. Walenty Kuśnierz pełnił nadzór inwestorski nad odnową drogi krajowej nr 75 w km 15 + 241 - 25 + 110, 27 + 600 -28 + 400, 30 + 250 - 34 + 000, 48 + 913 - 49 + 784, 53 + 100 - 54 + 200. Na potwierdzenie wymaganego doświadczenia powołano także inwestycje przebudowy dróg gminnych Kamionka Wielka - Cieniawa, Kamionka Wielka - Mystków, Kamionka Wielka - Kamionka Mała. Zdaniem Protestującego realizacja projektów polegających na budowie lub przebudowie mostów spełnia wymagania wynikające z SIWZ, bowiem zawsze z budową czy przebudową mostu wiąże dostosowanie „drogi do obowiązujących przepisów”.

Z treści art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają „niezbędną wiedzę i doświadczenie”. Nie chodzi tu oczywiście o minimalne doświadczenie, lecz o wykazanie przez wykonawców posiadania doświadczenia w realizacji konkretnych zadań, jako pewnej umiejętności zdobytej i ugruntowanej w trakcie praktyki. Podstawowym zadaniem Zamawiającego w ramach realizacji zamówień publicznych jest ustalenie takich kryteriów dla uczestników postępowania, aby brały w nim udział firmy gwarantujące wykonanie zamówienia na najkorzystniejszych dla niego warunkach, a także takie, które będą w stanie wykonać powierzone zadanie na najwyższym poziomie.

Doświadczenia Konsorcjum przy budowie lub przebudowie mostów nie można uznać za spełnienie wymagań Zamawiającego. Czym innym przedmiotowo, jak i obiektowo jest przebudowa drogi, a czym innym przebudowa mostu czy wiaduktu, nawet jeżeli te ostatnie inwestycje obejmują w pewnym zakresie prace przy dostosowania drogi do przebudowanego mostu. W SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymagane doświadczenie dotyczy ściśle

określonej liczby zrealizowanych projektów przebudowy dróg, a nie ich ściśle i wąsko określonych elementów, jakimi są mosty. Wskazane przez Konsorcjum pozycje, odnoszące się jedynie do budowy czy przebudowy mostu lub wiaduktu, nie są wystarczające dla potwierdzenia wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Warunki podmiotowe określone w SIWZ w niniejszej sprawie odzwierciedlają rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, a wobec tego ubiegający się o zamówienie wykonawca, który nawet w nieznacznym stopniu uchybia wskazanym w SIWZ wymaganiom musi zostać wykluczony z postępowania. Tym samym nie wykazanie się przez Konsorcjum wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem w zakresie wskazanym w SIWZ musiało w konsekwencji skutkować odrzuceniem oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wskazać należy, że w konkretnym stanie faktycznym nie można było zastosować procedury uzupełnienia dokumentów w rozumieniu powołanych powyżej przepisów. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierających błędy lub też tych, które nie zostały w ogóle złożone z ofertą. Odnosząc powyższe do stanu niniejszej sprawy, trudno wskazać po pierwsze błędy, w dokumentacji złożonej przez Konsorcjum, które miałyby uzasadniać zastosowanie procedury uzupełniania dokumentacji, po drugie dokumenty, których zabrakło w przedłożonej przez Konsorcjum ofercie. Podkreślić należy, że

Wykonawca składający ofertę jest profesjonalistą i świadom swoich działań składa oświadczenie woli o tym, że zrealizował określoną liczbę inwestycji, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jeżeli w wykazie nie znajduje się odpowiednia liczba prac, jakich wymagał Zamawiający, to należy jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe nie można się zgodzić z podniesionym zarzutem naruszenia art. 7 Pzp. W tym miejscu należy się odwołać do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „KIO” z dnia 14.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/07, w którym wskazano, że: „Ocenę zasadności warunku udziału w postępowaniu i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zachowaniu

niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, [...]. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia”.

W dniu 17.08.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Odwołujący nie może jednak zgodzić się z zarzutem, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, ponieważ wykazał się w ofercie pełnieniem funkcji inspektora nadzoru w okresie ostatnich 3-let nad 7-ma robotami budowlanymi drogowymi o łącznej wartości 28 502 400 PLN polegającymi na przebudowie dróg publicznych gminnych i krajowych. Odwołujący celem potwierdzenia posiadanego wymaganego doświadczenia powołał się na realizację następujących zadań:

1. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Budowa mostu na potoku Dłubnia w miejscowości Zerwana w km 649+597 w/c drogi krajowej nr 7 wraz z dojazdami o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 1.366 tys. zł (referencje nr 1); Jakość nadzoru inwestorskiego została potwierdzona referencjami, gdzie Inwestor wpisał: „zakres nadzorowanych robót obejmował: przebudowę odcinka drogi krajowej nr 7 klasy GP”.
2. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Odnową drogi krajowej nr 75 w km 15+241-25+110, 27+600-28+400, 30+250-34+000, 48+913-49+784, 53+100-54+200 o wartości brutto nadzorowanych robót 23.278,8 tys. zł (referencje nr 2); Jakość nadzoru inwestorskiego została potwierdzona przedłożonymi referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków po zakończeniu umowy Nr I/288/DU-8/2004 z 04.07.2005 r. Nadzór inwestorski sprawowany był od 04.07.2005 r. do 19.12.2006 r.
3. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Remont wiaduktu w miejscowości Głogoczów w km 683+937 nad drogą krajową nr 7 o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 156,5 tys. zł (referencje nr 3); Nadzór nad robotami drogowymi obejmował przebudowę dojazdów do wiaduktu. Jakość nadzoru została potwierdzona referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków, w treści których inwestor podał, iż w ramach nadzorowanych robót wykonano m. in. wymianę wyposażenia wiaduktu (nawierzchnia, izolacje, kapy chodnikowe, bariero poręczne).
4. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Przebudowa mostu na potoku Malejówka w miejscowości Malejowa w km 59+735 drogi krajowej nr 28 o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 1.031,4 tys. zł (referencje nr 4); Nadzór nad robotami drogowymi obejmował przebudowę odcinka drogi krajowej nr 28 klasy GP. Jakość nadzoru została potwierdzona referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków.
5. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Cieniawa o wartości brutto nadzorowanych robót 754 tys. zł (referencje nr 5); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy Kamionka Wielka.

-
6. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Mysłków o wartości brutto nadzorowanych robót 1.106 tys. zł (referencje nr 5); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy Kamionka Wielka.

7. Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Kamionka Mała o wartości brutto nadzorowanych robót 809,7 tys. zł (referencje nr 5); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy Kamionka Wielka. Należyte wykonanie wymienionych wyżej zadań zostało potwierdzone załączonymi do oferty referencjami. Poza tym w wykazie wykonanych usług stanowiącym załącznik nr 2 do oferty, Odwołujący wyraźnie wyodrębnił jaką wartość nadzorowanych prac w wykazywanych zadaniach przypada na roboty drogowe.

Z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu wynika, że z wykazu zadań załączonego do oferty Odwołującego Zamawiający zakwestionował (jako nie spełniające wymogu w zakresie doświadczenia) zadania polegające na sprawowaniu nadzoru nad robotami związanymi z przebudową lub budową obiektów mostowych. Zamawiający stwierdził bowiem, iż „Doświadczenia Konsorcjum przy budowie lub przebudowie mostów nie można uznać za spełnienie wymagań Zamawiającego. Czym innym przedmiotowo, jak i obiektowo jest przebudowa drogi, a czym innym przebudowa mostu czy wiaduktu, nawet jeżeli te ostatnie inwestycje obejmują w pewnym zakresie prace przy dopasowaniu drogi do przebudowanego mostu”. Z taką argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Nazwa zadania określana przez Zamawiających jako „nadzór inwestorski nad przebudową lub budową mostu” nie powinna mieć w przedmiotowym postępowaniu najmniejszego znaczenia jeżeli swoim zakresem obejmuje ono również nadzór nad przebudową drogi. Jak powszechnie wiadomo wraz z przebudową mostów do obowiązujących przepisów i standardów dostosowuje się również drogi i na odwrót, w czasie przebudowy dróg co najmniej remontuje się leżące w ich ciągu mosty oraz przepusty. Zamawiający w SIWZ żądał podania jedynie „doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w okresie ostatnich 3-ech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, nad co najmniej 5-ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN polegających na przebudowie dróg publicznych (gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych)”. Nie zostały określone żadne inne kryteria, na podstawie których można by było nie uznać wykazanych przez Odwołującego zadań. Nie została określona, ani minimalna wartość robót, ani minimalna długość odcinka przebudowy drogi. Z uwagi na powyższe wszystkie wykazane przez Odwołującego zadania powinny być uwzględnione jako spełniające warunki określone w SIWZ. Ponadto dla każdego zadania „mostowego” przedstawionego w ofercie wymagane było posiadanie przez wykonawcę inspektora nadzoru robót drogowych z odpowiednim doświadczeniem. Wszystkie wykazane zadania, również te dotyczące przebudowy i remontu

obiektów mostowych obejmowały swoim zakresem przebudowę odcinka dróg publicznych, co zostało wyraźnie zaznaczone w załączniku nr 2 do oferty.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedkłada kopię decyzji nr 120/07 Wojewody Małopolskiego z dnia 17.12.2007 r. (znak: WI.II.7111-2-82-07) o udzieleniu pozwolenia na budowę mostu na potoku Dłubnia w miejscowości Zerwana w km 649+597 w ciągu drogi krajowej nr 7 oraz kopię decyzji nr 97/07 Wojewody Małopolskiego z dnia 22.10.2007 r. (znak: WI.II.7111-10-18-07) o udzieleniu pozwolenia na przebudowę mostu na potoku Malejówka w miejscowości Malejowa w km 59+735 drogi krajowej nr 28 wnosząc o dopuszczenie dowodu z tych dokumentów. Z treści decyzji nr 120/07 Wojewody Małopolskiego z dnia 17.12.2007 r. (znak: WI.II.7111-2-82-07) wynika, iż w ramach budowy mostu na potoku Dłubnia w miejscowości Zerwana wykonywana była m. in. przebudowa dojazdów do mostu od km 649+518.5 do km 649+700 (jezdnia szerokości 2x3,50 m, pobocze utwardzone 2x1,50m), budowa zatoki autobusowej prawa strona drogi od km 649+625.40 do km 649+692.30 drogi krajowej nr 7, budowa objazdu tymczasowego od km 649+518.50 do km 649+686.36 drogi krajowej nr 7. Z kolei z treści decyzji nr 97/07 Wojewody Małopolskiego z dnia 22.10.2007 r. (znak: WI.II.7111-10-18-07) wynika, iż w ramach przebudowy mostu na potoku Malejówka w miejscowości Malejowa w km 59+735 drogi krajowej nr 28 wykonywana była m. in. rozbiórka konstrukcji nawierzchni oraz budowa nakładki w ciągu drogi krajowej nr 28 w km 59+690.00 do km 59+789.00, frezowanie nawierzchni oraz budowa nakładki drogi krajowej nr 28 w km 59+630.00 do km 59+690.00 oraz km 59+789.00 do km 59+825.00, budowa chodnika o szerokości 2,00 m w km 59+714,63 do km 59+748,75 (strona prawa) oraz w km 59+723,03 do km 59+770,35 (strona lewa) drogi krajowej nr 28, budowa nowej konstrukcji nawierzchni drogi krajowej nr 28 w km 59+690,00 do km 59+789,00 poprzedzonej rozbiórką istniejącej konstrukcji nawierzchni, budowa nakładki w ciągu drogi krajowej nr 28 w km 59+630,00 oraz w km 59+789,00 do km 59+825,00.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego zostało oparte na niewłaściwej wykładni przepisów. Złożenie dokumentów wskazujących na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp, niewątpliwie bowiem wykonawca w takiej sytuacji nie złożył „oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu”. Zamawiający ma więc obowiązek żądania dokumentów, jeżeli przedłożone nie spełniają wymagań zamawiającego. Wykonawca w takiej sytuacji może również zastąpić wskazany w ofercie dokument, który został zakwestionowany, innym dokumentem przedkładając Zamawiającemu w ramach uzupełnień dokument potwierdzający spełnianie tych wymogów. Ponadto prezentowane stanowisko, iż nie ma podstaw do wzywania do uzupełnienia dokumentów z racji złożenia formalnie poprawnych dokumentów

oraz świadomego i celowego wypełnienia dokumentów przez wykonawcę treścią, która jednoznacznie potwierdza, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i tym samym wyklucza błąd w ich treści, nie daje się utrzymać w świetle ustalonej linii orzecznictwa, dominujących poglądów doktryny oraz celu kolejnych nowelizacji ustawy. Jednoznacznie należy przyjmować taką interpretację powołanego przepisu, która umożliwi wykonawcom jak najpełniejsze uzupełnianie dokumentów i tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia. Cel powyższy można osiągnąć przez uznanie jak najszerzego rozumienia braku dokumentów - w przypadku złożenia dokumentów, z których wynika, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, można uznać, iż nie zostały złożone dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału i wezwać do ich uzupełnienia. Wskazane jest również przyjmowanie korzystnej dla wykonawców wykładni pojęcia „błędu” (wyrok KIO z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 12/09). Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W dniu 28.08.2009 r. (data wpływu do Prezesa UZP) wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wnosi o:

- 1) Oddalenie odwołania w całości;
- 2) Nakazanie Odwołującemu dokonać wpłaty kwoty 3 538,00 zł. na rzecz Zamawiającego, stanowiącej uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez z tytułu kosztów zastępstwa prawnego. Zamawiającego Zamawiający podtrzymał argumentację z rozstrzygnięcia protestu w całości.

Uzasadniając wniosek o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 538,00 zł wskazał, iż kwota ta wynika z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym, a pełnomocnikiem, co zostało udokumentowane w postaci faktury VAT załączonej do niniejszej odpowiedzi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, jak również po zapoznaniu się z protestem, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem oraz odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

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

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

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

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

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez

nieuprawnione odrzucenie oferty Protestującego, Izba uznaje za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający w Rozdziale 1 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców, w § 8: „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, w pkt 1 lit b określił, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, tj. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia”. W pkt 1.1 tegoż § 8 SIWZ sprecyzował wymagane posiadanie doświadczenie zawodowe: „Wykonawca wskaże na druku oferty imię i nazwisko oraz numer uprawnień budowlanych w specjalności drogowej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego” (ppkt 1), „Wykonawca musi posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nabyte poprzez sprawowanie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w okresie ostatnich 3-ch lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, nad co najmniej 5-ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN, polegającymi na przebudowie dróg publicznych (gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych)” (ppkt 2), „Zamawiający dokona oceny czy wykonawcy spełniają postawione im warunki na podstawie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w § 9” (ppkt 3), „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” (ppkt 4).

Następnie w jego ramach określił, że: „Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, którzy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia”, „W przypadku składania oferty przez wykonawców występujących wspólnie, dokumenty,

o których mowa w § 9 ust. 1 pkt.1.1. zał. nr 1 oraz § 9 ust. 1 pkt.1.2. ppkt. a) muszą być złożone przez każdego z wykonawców, a pozostałe dokumenty winien złożyć, co najmniej jeden z wykonawców składających ofertę wspólną”.

Zgodnie natomiast z § 9: „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, pkt 1.3: „W celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędne doświadczenie, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty wykazu zrealizowanych w okresie ostatnich 3-ch lat usług polegających na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad co najmniej 5-cioma robotami budowlanymi, o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN polegającymi na przebudowie dróg publicznych (gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych) z podaniem nazwy Zamawiającego, nazwy nadzorowanego zadania, wartości zamówienia, terminu realizacji usług - na załączniku Nr 2 do Oferty oraz załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie (dokumenty należy ponumerować)”.

Odwolujący wykazał się w ofercie (Wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat – wypełniony Formularz Oferty - załącznik nr 2) pełnieniem funkcji inspektora nadzoru w okresie ostatnich 3-lat nad 7-ma robotami budowlanymi drogowymi o łącznej wartości 28.502.400,- PLN polegającymi na przebudowie dróg publicznych gminnych i krajowych, a w szczególności:

a) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Budowa mostu na potoku Dłubnia w miejscowości Zerwana w km 649+597 w/c drogi krajowej nr 7 wraz z dojazdami o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 1.366 tys. zł (referencje nr 1 z dnia 23.02.2009 r.). Wartość nadzorowanych robót brutto wynosiła: 4.683.148,79 zł. Termin realizacji zadania od 25.05.2008 r. do 15.12.2008 r.; Jakość nadzoru inwestorskiego została potwierdzona referencjami gdzie Inwestor wpisał: „zakres nadzorowanych robót obejmował: przebudowę odcinka drogi krajowej nr 7 klasy GP”.

b) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Odnowa drogi krajowej nr 75 w km 15+241-25+110, 27+600-28+400, 30+250-34+000, 48+913-49+784, 53+100-54+200 o wartości brutto nadzorowanych robót 23.278,8 tys. zł (referencje nr 2 z dnia 16.03.2007 r.); jakość nadzoru inwestorskiego została potwierdzona przedłożonymi referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków po zakończeniu umowy Nr I/288/DU-8/2004 z 04.07.2005 r. Nadzór inwestorski sprawowany był od 04.07.2005 r. do 19.12.2006 r.

c) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Remont wiaduktu w miejscowości Głogoczów w km

683+937 nad drogą krajową nr 7 o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 156,5 tys. zł spośród 3.662.591,65 zł (referencje nr 3 z dnia 05.02.2009 r.); Nadzór nad robotami drogowymi obejmował przebudowę dojazdów do wiaduktu. Jakość nadzoru została potwierdzona referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków, w treści których inwestor podał, iż w ramach nadzorowanych robót wykonano m. in. wymianę wyposażenia wiaduktu

(nawierzchnia, izolacje, kapy chodnikowe, bariero poręczce). Okres realizacji zadania: 12.06.2008 r. do 15.12.2008 r.

d) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Przebudowa mostu na potoku Malejówka w miejscowości Malejowa w km 59+735 drogi krajowej nr 28 o wartości brutto nadzorowanych robót drogowych 1.031,4 tys. zł z pośród 5.353.013,15 zł. (referencje nr 4 z dnia 24.07.2009 r.); Nadzór nad robotami drogowymi obejmował przebudowę odcinka drogi krajowej nr 28 klasy GP. Jakość nadzoru została potwierdzona referencjami wystawionymi przez GDDKiA O/Kraków.

e) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Cieniawa o wartości brutto nadzorowanych robót 754 tys. zł (referencje nr 5 z dnia 22.07.2009 r.); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy 33-334 Kamionka Wielka.

f) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Mystków o wartości brutto nadzorowanych robót 1.106 tys. zł (referencje nr 5 z dnia 22.07.2009 r.); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy 33-334 Kamionka Wielka.

g) Nadzór inwestorski nad zadaniem: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową drogi gminnej Kamionka Wielka - Kamionka Mała o wartości brutto nadzorowanych robót 809,7 tys. zł (referencje nr 5 z dnia 22.07.2009 r.); Nadzór został potwierdzony referencjami wystawionymi przez Urząd Gminy 33-334 Kamionka Wielka.

Należyte wykonanie wymienionych wyżej zadań zostało potwierdzone załączonymi do oferty referencjami. Poza tym w wykazie wykonanych usług stanowiącym załącznik nr 2 do oferty, Odwołujący wyraźnie wyodrębnił jaką wartość nadzorowanych prac w wykazywanych zadaniach przypada na roboty drogowe.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty miała od początku charakter wadliwy. Przy czym w ocenie Izby, przejawem tej wadliwości jest nie tylko okoliczność tego rodzaju, że Zamawiający nie sprecyzował faktycznych powodów wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty (powyższe naruszenie umożliwiło bowiem wniesienie środka ochrony prawnej). Innym przejawem tej wadliwości jest dokonanie przedmiotowej czynności przez Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Izba wskazuje za doktryną i orzecznictwo (wyrok z dnia 18.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 76/08 oraz wyrok z dnia 07.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 781/09): „Zarówno w przypadku informacji o wykluczeniach, jak i o odrzuceniu oferty zamawiający jest obowiązany w każdym przypadku podać wszystkim wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. (...) Zamawiający w tym samym

czasie informuje ponadto wykonawców o dokonany wyborze najkorzystniejszej oferty, (...). Przepis ten czyni informację o wyborze oferty kompletną. Informacja zawiera bowiem dane o wykonawcach wykluczonych, odrzuconych ofertach oraz o kolejności ofert niepodlegających odrzuceniu”. (patrz: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str. 241-242 w programie Lex 2007). „Rozwiązanie powyższe (art. 92) ma sprzyjać koncentracji postępowania protestacyjno-odwoławczego i zapobiegać rozbieżnościom w rozstrzyganiu ewentualnych protestów. (...). Wszystkie zatem czynności poprzedzające wybór mają charakter przygotowawczy i początkowo wyłącznie wewnętrzny. (...). Odroczenie powiadomienia o wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie dopiero na czas końcowego oświadczenia w sprawie wyboru oferty możliwe jest tylko przy przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę(....). Połączenie zawiadomienia o wyborze z informacjami dotyczącymi wcześniejszych czynności zamawiającego(....)” (patrz: R. Szostak: „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji. Komentarz do nowelizacji” W-wa 2006, str.177-178). „Jeżeli jednak wykonawca stwierdzi, że jego interes prawny na skutek czynności wykluczenia go z postępowania albo odrzucenia jego oferty; tudzież wyboru

najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego został naruszony, może wnieść protest do zamawiającego. Dlatego jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Z zasady równego traktowania wynika, że o każdej z tych czynności należy powiadomić jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Zawiadomień należy dokonać niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty". (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s. 484-485). Z powyższego wynika, iż niedopuszczalne jest dokonanie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu, tudzież odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu bez czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż są to czynności wcześniejsze, które zostają uzewnętrznione wobec uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopiero z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe dotyczy przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę.

Po drugie, Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego mogłoby być tylko wtedy zasadne, gdyby wynikało wprost z zapisów SIWZ odnoszących się do wymaganego warunku wykazania się stosownym doświadczeniem zawodowym. Ograniczenie, na które powoływał się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie nie wynika z Rozdziału 1 § 8 pkt 1, ppkt 2 ani z § 9 pkt 1.3 SIWZ, czy też żadnego innego zapisu SIWZ. Wobec powyższego powoływanie się na analogie do uprawnień budowlanych jest

bezpiermiotowe. Izba stwierdza, że warunek nie zawierał ograniczenia rzeczowego ani wartościowego odnośnie poszczególnych wykazywanych zamówień. Należało wykazać się tylko i wyłącznie usługami polegającymi na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad co najmniej 5-ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN, polegającymi na przebudowie dróg publicznych (gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych). Zamawiający nie precyzował, że nie można wykazywać się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad przebudową tej samej drogi, ale na jej innych odcinkach, nie zakazywał także wykazywania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad przebudową dróg publicznych w toku remontu, czy też przebudowy wiaduktu lub mostu będącego w ciągu drogi publicznej. Izba zauważa, że już sama wykazywana i bezsporna w poz. 2 odnowa drogi krajowej nr 75 załączonego wykazu spełnia warunek łącznego wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN (23.278.794,51 zł brutto). Wykazywane pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową tej samej drogi gminnej, ale na jej innych 3 odcinkach w poz. 5, 6 i 7 wykazu na podstawie 3 oddzielnych umów (referencja nr 5) czyniło *de facto* koniecznym wykazaniem się jeszcze tylko 1 zamówieniem dla spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego. Izba także stwierdza, że warunek w swej treści w aspekcie finansowym odnosił się do wartości robót budowlanych, a nie do wartości usługi nadzoru.

Po trzecie, w ocenie Izby, wykazywane w poz. 1, 3 i 4 wykazu zamówienia niezasadnie zostały przez Zamawiającego uznane za nie spełniające postawionego warunku wymaganego doświadczenia. W ramach złożonego wykazu w kolumnie 3 Odwołujący każdorazowo oświadczył, że wykonywane były roboty drogowe poprzez wskazanie ich konkretnej wartości. Jednocześnie złożone oświadczenia potwierdzają załączone referencje np.: w ramach budowy mostu na potoku Dłubnia w miejscowości Zerwana w ciągu drogi krajowej nr 7 wraz z dojazdami stwierdza się wyraźnie m.in. że zakres nadzorowanych robót budowlanych obejmował: „wykonanie tymczasowej drogi objazdowej z obiektem inżynierskim (...), przebudowę odcinka drogi krajowej nr 7 klasy GP”. W referencji załączonej do poz. 3 wykazu mówi się z kolei o wymianie m.in. nawierzchni, izolacji, kap chodnikowych, bariero poręczy. Zaś referencja załączona do poz. 4 także wyraźnie wskazuje, że chodzi o przebudowę mostu (...) drogi krajowej nr 28.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący spełniał warunek postawiony przez Zamawiającego. Przy czym, należy zaznaczyć, że Odwołujący wykazał się co najmniej 5 -ma robotami budowlanymi o łącznej wartości brutto min. 5 000 000 PLN biorąc pod uwagę chociażby poz. 1 (wprost mówi się w referencji o przebudowie drogi krajowej), 2, 5, 6 i 7 wykazu. Jednakże zdaniem Izby, wymagany warunek spełniają także zamówienia wykazane

w poz. 3 i 4, a dodatkowo potwierdzają niniejsze kopie załączonych do odwołania decyzji Wojewody Małopolskiego oraz oświadczenia złożone w ramach wykazu w tych pozycjach.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że tylko dlatego uznała niezasadność niniejszego zarzutu, gdyż w jej ocenie wykaz spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek biorąc pod uwagę chociażby poz. 1, 2, 5, 6 i 7 wykazu. Ewentualne wyjaśnienia byłyby dopuszczalne co najwyżej odnośnie poz. 3 i 4 wykazu, przy czym z uwagi na spełnienie postawionego warunku, co wynika z innych pozycji wykazu, jak i biorąc pod uwagę oświadczenia zawarte w kolumnie 3 wykazu w pozycjach 3 i 4, jak również treść załączonych referencji miałyby one tylko i wyłącznie charakter uzupełniający.

Dodatkowo Izba ponownie stwierdza za orzecznictwem KIO, że stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w ramach rozstrzygnięcia protestu oraz odpowiedzi na odwołanie odnośnie zasad stosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w szczególności art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje jakiegokolwiek potwierdzenia w istniejącym w przepisach, doktrynie oraz aktualnym orzecznictwie. Izba wielokrotnie w licznych wyrokach wskazywała, że argumentacja taka jaką przedstawił Zamawiający narusza art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji część Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez działanie wyżej opisane, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*