Sygn. akt: KIO 744/11

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2011 roku przez wykonawcę **Annę Mathea prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą "DOM-MAT" Anna Mathea z siedzibą w Tarnowie przy Placu Sobieskiego 2, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Tarnowa z siedzibą przy ulicy Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów**

przy udziale wykonawców:

A. **Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny "KROKUS" January Miśkowiec z siedzibą przy ulicy Bitwy pod Monte Cassino, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
B. **DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań Rejon nr 3 (Południe) i Rejon nr 4 (Mościce) dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie zadań Rejon nr 3 (Południe) i Rejon nr 4 (Mościce) a także dokonanie

wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadań Rejon nr 3 (Południe) i Rejon nr 4 (Mościce).
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasta Tarnowa z siedzibą przy ulicy Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Annę Mathea prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą "DOM-MAT" Anna Mathea z siedzibą w Tarnowie przy Placu Sobieskiego 2, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Gminy Miasta Tarnowa z siedzibą przy ulicy Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** na rzecz **Anny Mathea prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą "DOM-MAT" Anna Mathea z siedzibą w Tarnowie przy Placu Sobieskiego 2, 33-100 Tarnów** kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Tarnowie.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 744/11

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasta Tarnowa z siedzibą przy ulicy Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Bieżące utrzymanie zieleni miejskiej w Tarnowie,* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 20-032235.

31 marca 2011 roku Zamawiający, w zakresie zamówienia dotyczącego Rejonu nr 3 oraz Rejonu nr 4 przekazał wykonawcom w tym Odwołującemu - Annie Mathea prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą "DOM-MAT" Anna Mathea z siedzibą w Tarnowie przy Placu Sobieskiego 2, 33-100 Tarnów informację o wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia w zakresie Rejonu nr 3 – Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny "KROKUS" January Miśkowiec z siedzibą przy ulicy Bitwy pod Monte Cassino, 33-100 Tarnów oraz w zakresie Rejonu nr 4 - DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z z siedzibą przy ulicy Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica. Zamawiający poinformował również, że odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych bowiem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia.

11 kwietnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od podjętej przez Zamawiającego w toku postępowania czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w częściach zamówienia - Rejon nr 3 (Południe) i Rejon nr 4 (Mościce) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podczas gdy przedłożone dokumenty oraz złożone

wyjaśnienia wskazują, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia,
- art. 7 ust. 1 - naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zmawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia - Rejon nr 3 (Południe) i Rejon nr 4 (Mościceb)
- nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert z należytym uwzględnieniem złożonych przez Odwołującego wyjaśnień,
- wybór oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia - Rejon nr 3 (Południe) i Rejon nr 4 (Mościce).

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Opisując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał by wykonawcy zrealizowali z należytą starannością przynajmniej 1 usługą polegającą na utrzymaniu terenów zieleni w okresie minimum 12 miesięcy o wartości brutto zrealizowanej usługi w tym okresie minimum 200.000 zł, W przypadku zamówienia ciągłego (będącego w trakcie realizacji) wykonawca mógł się wykazać wykonywaną usługą polegającą na utrzymaniu terenów zieleni, przy czy wymagane jest, aby wykonawca wykonywał tą usługą z należytą starannością przez okres co najmniej 12 miesięcy, a wartość usługi w tym okresie wyniosła minimum 200.000 zł brutto (Rozdział III, pkt 1.2 SIWZ). W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający

działając na postawie 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 18 marca 2011 r. wezwał Wykonawcę między innymi do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający dostrzegł potrzebę wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, bowiem w załączonym do oferty „wykazie usług" Wykonawca wskazał, iż usługa w zakresie utrzymania terenów zieleni wykonywana była w okresie od dnia 01.04.2009 roku do dnia 31.03.2010 roku na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa, natomiast na załączonej do oferty referencji znajduje się informacja, że usługa ta wykonywana była w okresie od dnia 07.04.2009 roku do dnia 31.03.2010 roku. Zamawiający stwierdził zatem, iż Wykonawca nie spełnił warunku dotyczącego wymaganego 12-sto miesięcznego okresu wykonywania usługi. W odpowiedzi na otrzymane wezwanie Wykonawca obszernie i bardzo dokładnie wyjaśnił, iż przedmiotowa usługa była realizowana w ramach zamówienia publicznego „Bieżące utrzymanie zieleni

---

miejskiej w Tarnowie" na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa i polegała na świadczeniu usług utrzymania zieleni miejskiej oraz porządku i czystości w okresie: 01.04.2009 - 31.03.2010, pomimo iż na przedłożonych referencjach widnieją daty obejmujące okres od 07.04.2009 roku do 31.03.2010 r„ Odwołujący wskazywał, iż faktycznie prace na terenie Rejonu 5 (Piaskówka) rozpoczął nie w dniu podpisania umowy lecz od dnia 01.04.2009 roku. Odwołujący podniósł także, iż ewentualne opóźnienie w samym podpisaniu umowy, na które Wykonawca nie miał żadnego wpływu, nie powinny stanowić przesłanki do stwierdzenia braku spełnienia warunku w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego, skoro pod uwagę należy brać okoliczność od kiedy faktycznie usługa była wykonywana. Zamawiający jednakże nie podzielił argumentacji i wyjaśnień Wykonawcy, bowiem wykluczył go z postępowania przyjmując, iż usługa przedstawiona w uzupełnionym wykazie usług, która została zrealizowana na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa nie spełnia warunku świadczenia usługi przez okres 12 miesięcy. Odwołujący wskazuje zatem, iż Zamawiający obowiązany był uwzględnić złożone przez niego wyjaśnienia i stwierdzić, że wykazał on w sposób dostateczny spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powyższa konkluzja wynika przede wszystkim z treści § l ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz.1817). Ustawodawca określa, iż w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda między innymi dokumentów - „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie". Z brzmienia tego przepisu wynika zatem, iż chodzi o „wykonane" lub „wykonywane" usługi. Stosując zatem podstawową zasadę językowej wykładni prawa oznacza to, iż ten wymóg odnosi się do faktycznie zrealizowanych (realizowanych) usług, spełnionych, liczonych od dnia ich rzeczywistego podjęcia, a nie np. od dnia podpisania umowy o świadczenie usług, która mogła nastąpić w terminie późniejszym. Oznacza to, iż dla oceny posiadania wiedzy i doświadczenia liczy się faktyczne wykonywanie usługi. W innym bowiem przypadku ustawodawca wskazując jakie dokumenty ma przedłożyć wykonawca użyłby określeń łączących nabycie wiedzy i doświadczenia z podpisaniem przez strony umowy. Co więcej w rozporządzeniu mowa o tym, iż załączone dokumenty (np. referencje, opinie) mają potwierdzać, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Referencje nie są zatem kategorycznym i ostatecznym dowodem na to jaka była wartość usługi, jej przedmiot, data wykonania, czy też odbioru, gdyż te dane mają wynikać z przedkładanego wykazu usług. Do przedmiotowego wykazu załącza się dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług wskazanych w wykazie, przy czym treść załączonego dokumentu ma potwierdzać jedynie ich należyte wykonanie. To wykaz ma służyć

ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Natomiast treść referencji ma służyć jedynie ocenie w aspekcie należytego wykonania zamówienia. Dokument taki nie musi więc wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia, terminów realizacji itp. a jedynie ma potwierdzać ich należyte wykonanie. Niemniej jednak musi się on odnosić do wskazanej w wykazie dostawy. Skoro zatem Wykonawca wskazywał, iż rozpoczął wykonywanie usługi, do której świadczenia zobowiązany był na skutek wyboru jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie zieleni miejskiej w Tarnowie"(symbol WGK.A.C-7070/1/09) na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa od dnia 01.04.2009 roku Zamawiający powinien to uwzględnić, a jeżeli powstały na tym tle jakiekolwiek wątpliwości powinien wezwać Wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających podniesione przez niego okoliczności. Zamawiający tego jednak nie uczynił, co więcej w piśmie z dnia 31.03.2011 r. nie wyjaśnił także dlaczego nie uwzględnił argumentów podniesionych przez Wykonawcę w piśmie z dnia 21.03.2011 r., w szczególności Zamawiający nie wykazał iż informacje przedstawione przez Odwołującego w zakresie rozpoczęcie wykonywania spornej usługi są nieprawdziwe. Poza wszelką wątpliwością jest to, iż przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania - jak wynika i z orzecznictwa KIO i doktryny -Zamawiający powinien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać podanie przez niego nieprawdziwych informacji. Do pisma z dnia 21.03.2011 roku Odwołujący dołączył uzupełniony wykaz usług (dodano jedną usługę) zawierający wszystkie wymagane informacje oraz dodatkowy dokument - referencje wystawione przez dyrektora departamentu ds. technicznych Wiesława Lacha, potwierdzający należyte wykonanie usługi dla Zakładów Azotowych w Tarnowie Mościcach S.A. Przedłożony dokument nie był wymagany przez Zamawiającego, bowiem wzywał on Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi już wykazanej w Wykazie usług a wykonywanej w terminie od 01.04.2009 r. do 31.03. 2010 r. na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa. Załączone do pisma referencje wystawione przez Wiesława Lacha nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego Zamawiający był obowiązany wezwać Odwołującego do przedłożenia we wskazanym przez siebie terminie przedmiotowych referencji (wystawionych przez Zakłady Azotowe S.A.) we właściwej formie, tj. potwierdzonych za zgodność z oryginałem. Dokument ten bowiem dotychczas nie był znany Zamawiającemu i nie był przedmiotem badania i oceny w postępowaniu. Wezwanie do złożenia

oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określonego we wcześniejszym wezwaniu.

W ocenie OdwołujacgeoZamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący bowiem został wezwany do uzupełnienia wykazu usług w sytuacji gdy przedstawił referencje wystawione przez samego Zamawiającego, który o okolicznościach zawarcia umowy w 2009 r. nie mógł nie wiedzieć. Wystarczy wskazać, iż u Zamawiającego pracują nadal osoby, które uczestniczyły w dokonywanych ustaleniach, co więcej ta sama osoba odpowiedzialna z ramienia Zamawiającego za przeprowadzenie procedury przetargowej w 2009 roku nadal pełni tę samą funkcję i jest nadal odpowiedzialna za przeprowadzenie procedury przetargowej przedmiotowego zamówienia publicznego. Niewątpliwym jest, także iż uznanie przez Zamawiającego, że wykazana przez Odwołującego usługa wykonana na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa w okresie od 01.04.2009 r. do 31.03.2010 r. nie spełnienia warunku w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do udziału w postępowaniu naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Wynika to z faktu, że Zamawiający w 2010 roku także udzielał zamówienia publicznego na utrzymanie zieleni miejskiej w Tarnowie i określił warunki udziału w przetargu analogicznie jak w przedmiotowym zamówieniu, a to m. in. wymagał by wykonawcy zrealizowali z należytą starannością przynajmniej 1 usługę polegającą na utrzymaniu terenów zieleni w okresie minimum 12 miesięcy o wartości brutto zrealizowanej usługi w tym okresie minimum 200.000 zł. Odwołujący wskazuje, iż w postępowaniu w 2010 roku złożył ofertę, w której wskazał tę sama usługę, która teraz została zakwestionowana załączając te same referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi. Zgłoszona w wykazie usługa wykonana

w okresie od 01.04.2009 r. do 31.03.2010 r. nie została zakwestionowana, ten sam Zamawiający uznał, iż spełniony został wymóg świadczenia usługi przez okres 12 miesięcy. Złożona oferta podlegała ocenie, Wykonawca nie został z przetargu wykluczony; w 2010 roku Zamawiający uznaje je za wiarygodne i wystarczające do spełnienia warunków posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zaś w przedmiotowym postępowaniu uznaje je za niewystarczające w zakresie powodującym wykluczenie. Takie zachowanie niewątpliwie narusza przepisy ustawy prawo zamówień publicznych. Sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp a także z zasadami współżycia społecznego jest wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty w sytuacji gdy to na prośbę Zamawiającego Odwołujący rozpoczął prace od 1.04.2009 roku.

13 kwietnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny "KROKUS" January Miśkowiec z siedzibą przy ulicy Bitwy pod Monte Cassino, 33-100 Tarnów.
Zgłaszający Przystąpienie jako wykonawca, którego oferta została wybrana spośród innych ofert na zamówienie dla Rejonu nr 3 (Południe) posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie wnosi o oddalenie odwołania w całości.

13 kwietnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z z siedzibą przy ulicy Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica.
Zgłaszający Przystąpienie jako wykonawca, którego oferta została wybrana spośród innych ofert na zamówienie dla Rejonu nr 4 (Mościce) posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 kwietnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania w dniu 8 kwietnia 2011 roku.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny "KROKUS" January Miśkowiec z siedzibą przy ulicy Bitwy pod Monte Cassino, 33-100

Tarnów. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 11 kwietnia 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez Januarego Miśkowiec prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny "KROKUS" January Miśkowiec z siedzibą przy ulicy Bitwy pod Monte Cassino, 33-100 Tarnów nastąpiło 13 kwietnia 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie (dla Rejonu nr 3). Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznała, iż wykonawca January Miśkowiec prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Produkcyjny "KROKUS" January Miśkowiec z siedzibą przy ulicy Bitwy pod Monte Cassino, 33-100 Tarnów stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 11 kwietnia 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica nastąpiło 13 kwietnia 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający

przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie (dla Rejonu nr 4). Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznała, iż wykonawca DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podczas gdy złożone dokumenty oraz złożone wyjaśnienia wskazują, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała za zasadny.
Na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*
Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (str.6 SIWZ) w punkcie III. *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków* w określił między innymi w punkcie 1.2 wymagania dotyczące wykonawców biorących udział w postępowaniu dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia:

O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), zrealizowali z należytą starannością przynajmniej 1 usługę polegającą na utrzymaniu terenów zieleni w okresie 12 miesięcy o wartości brutto zrealizowanej usługi w tym okresie minimum 200 000 zł. W przypadku zamówienia ciągłego (będącego w trakcie realizacji) wykonawca może wykazać wykonywaną usługę polegającą na utrzymaniu terenów zieleni, przy czym wymagane jest, aby wykonawca wykonał tę usługę z należytą starannością przez okres co najmniej 12 miesięcy, a wartość usługi w tym okresie wyniosła minimum 200 000 zł.
Na podstawie pkt 6 li. d części V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym do złożenia dokumentu: *wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu/ów potwierdzającego/ych, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (…).*

Zamawiający dokonał badania oferty Odwołującego i uznał, iż nie wykazał on spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia dlatego też 18 marca 2011 roku wezwał wykonawcę Annę Mathea prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą "DOM-MAT" Anna Mathea z siedzibą w Tarnowie przy Placu Sobieskiego 2, 33-100 Tarnów – Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.* – tj. do uzupełnienia „dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia

tj. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu/ów potwierdzającego/ych, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Izba ustaliła, że w ofercie Odwołujący w „Wykazie usług” (str. 9 oferty) podał jedną wykonaną usługę, której przedmiotem było „Utrzymanie terenów zieleni oraz porządku i czystości” a odbiorcą była Gmina Miasta Tarnowa zaś na stronie 10 oferty została załączona referencja potwierdzająca należyte wykonanie tej usług. Odwołujący dołączył do oferty (str. 11) referencję z dnia 6 grudnia 2010 roku wystawioną przez Zakłady Azotowe w Tarnowie–Mościcach S.A. potwierdzającą należyte wykonanie usługi polegającej na utrzymaniu, konserwacji i pielęgnacji terenów zielonych – jednakże Odwołujący nie wykazał tej usługi w sporządzonym przez siebie „Wykazie usług”.
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 marca 2011 roku Odwołujący za pismem z dnia 21 marca 2011 roku złożył obszerne wyjaśnienia a także ponownie „Wykaz usług” zawierający tym razem wskazanie dwóch usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj.: „Utrzymanie terenów

zieleni oraz porządku i czystości" którego odbiorcą była Gmina Miasta Tarnowa oraz „Utrzymanie terenów zieleni", których to usług odbiorcą były Zakłady Azotowe w Tarnowie–Mościcach S.A. a usługa zrealizowana była w okresie 1 stycznia 2009 – 31 grudnia 2009 roku na kwotę 267 500,00 zł. Jednocześnie Odwołujący załączył do wykazu referencję, która nie została opieczętowana w sposób należyty przez Odwołującego – nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem.

Legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w „Wykazie usług" oraz referencjach złożonych wraz z tym wykazem. Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w „Wykazie usług" wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym po stronie Zamawiającego jest dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, iż treść referencji nie została określona a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich*

te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 1 pkt 3 Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Nie są zdefiniowane w treści rozporządzenia wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w referencji szczegółowej informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-640/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-346/06). Z treści załączonych do „Wykazu usług" dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków postawionych przez Zamawiającego (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 maja 2007 r., Sygn. akt UZP/ZO/O-554/07). Referencja załączona przez Odwołującego do „Wykazu usług" nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia ale musi potwierdzać, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 281/08.).

Wykluczenie Odwołującego z postępowania – pismo z dnia 31 marca 2011 roku – nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, ponieważ Zamawiający dokonał badania dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego (na wezwanie Zamawiającego) i uznał, „że *załączone do oferty referencje, wystawione przez Dyrektora departamentu ds. technicznych p. Wiesława Lacha, zostały przedłożone w formie innej niż określono w rozporządzeniu oraz skierowanym do Wykonawcy piśmie – bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem. W związku z przedłożeniem dokumentu w nieprawidłowej formie Zamawiający uznał, że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu, tym samym nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Natomiast druga usługa przedstawiona w uzupełnionym wykazie usług, która została zrealizowana na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa nie spełnia warunku świadczenia usługi przez okres 12 miesięcy. Z uwagi na powyższe Wykonawca został wykluczony*

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, a oferta wykonawcy została

odrzucona”

W ocenie Izby – odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego będącej podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania – zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że spełnił warunki udziału w posterowaniu oraz uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo, że Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania podlega uwzględnieniu, a dokonana przez Zamawiającego ocena spełnienia przez Odwołującego warunku wiedzy i doświadczenia dokonana została niewłaściwie. Izba podnosi, iż każdy z wykonawców miał obowiązek wykazania się minimum jedną usługą polegającą na utrzymaniu terenów zieleni w okresie 12 miesięcy o wartości brutto zrealizowanej usługi w tym okresie minimum 200 000 zł, co zobowiązany był podać w wykazie oraz zobowiązany był załączyć dokument potwierdzający, że usługa została wykonana należycie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał badania oferty oraz badania dokumentów złożonych jako uzupełnienie oferty odrębnie, w sposób niepowiązany ze sobą co w ocenie Izby stanowi czynność nieprawidłową i nie zasługuje na aprobatę. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego odpowiada na publicznego ogłoszenie, a Zamawiający zobowiązany jest wobec takiego wykonawcy do postępowania zgodnie z przepisami ustawy, zobowiązany jest do dokonania czynności wynikających z ustawy (tutaj uzupełnienie dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy). Zamawiający zobowiązany do dokonania oceny oferty i uzupełnionych jej dokumentów łącznie, nie może rozdzielać tych czynności. W wyniku prawidłowej oceny oferty Odwołującego, gdzie ocenie podlega zarówno oferta jak i uzupełnione dokumenty do oferty na wezwanie Zamawiającego, niespornym jest fakt, iż Odwołujący wskazał w uzupełnionym wykazie usługę wykonaną na rzecz Zakładów Azotowych w Tarnowie–Mościcach S.A. w okresie 1 stycznia 2009 – 31 grudnia 2009 roku na kwotę 267 500,00 zł. jednocześnie w ofercie na stronie 11 załączył referencję, która potwierdza należyte wykonanie usługi. Zamawiający nieprawidłowo, w trakcie oceny ofert wziął pod uwagę jedynie uzupełnione dokumenty i na podstawie ich oceny stwierdził brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co było podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Pomimo błędu jaki pojawia się w informacji o wykluczeniu z postępowania (pismo z 31 marca 2011 roku) tj. powołanie się na *„załączone do oferty referencje”* bezspornym jest, iż Zamawiający dokonał oceny dokumentu dołączonego do pisma z 21 marca 2011 roku jednocześnie nie odniósł się do treści oferty.

Izba zaznacza, że badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione i zwraca uwagą, iż wbrew twierdzeniom uczestnika postępowania odwoławczego, referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencji mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikłą z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1490/09).
Izba nie uwzględniła również argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego dotyczącej braku możliwości powołania się przez Odwołującego na doświadczenie uzyskane przy realizacji usługi na rzecz Zakładów Azotowych w Tarnowie–Mościcach S.A. z uwagi na to, że referencje te zostały wystawione dla podmiotu DOM-MAT spółka cywilna Anna Mathea i Mariusz Mathea z siedzibą w Tarnowie przy Placu Sobieskiego 2.
Art. 2 pkt 11 ustawy stanowi, że wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego

przepisu. Stosownie do art. 860 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy, spółka cywilna jest stosunkiem prawno zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zwartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w art. 33^1 k.c. Spółka cywilna nie posiada zatem zdolności sądowej i procesowej, upadłościowej, układowej ani wekslowej, nie posiada również statutu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43^1 k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt I CK 201/02, System Informacji Prawnej LEX nr 151608). Uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w

rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 708/10).

W tym miejscu należy również podnieść, iż Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „Formalizm *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)".* Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.
Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia

postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania*

odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*
Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta została złożona prawidłowo a Odwołujący wykazał, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie ani Zamawiający ani uczestnicy postępowania odwoławczego nie przedstawili kontrdowodów, które obaliłyby twierdzenia Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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)

Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) 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* - „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy" – Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgłoszonego przez Odwołującego, ponieważ Odwołujący na te okoliczność nie złożył rachunku.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……