Sygn. akt: KIO 954/11

WYROK
z dnia 19 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2011 r. przez wykonawcę Krystynę Miturę, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kleczew w Kleczewie

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Kleczew i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Krystynę Miturę, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Krystyny Mitury, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska w Poznaniu kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Koninie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 954/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Budowę oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej w Kleczewie"* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 marca 2011 r. a także na stronie internetowej Zamawiającego www.kleczew.pl.

Odwołujący w dniu 29 kwietnia 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty zaś w dniu 4 maja 2011r. wniósł odwołanie wobec wykluczenia z postępowania i odrzucenia Jego oferty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
- art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust.1 pkt. 2), art. 24 ust.2 pkt. 3), art. 24 ust.4), art. 26 ust.3) oraz art. 89 ust. 5 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującej z postępowania, pomimo, że spełniała warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, a w konsekwencji

odrzucenia jej oferty.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującej z udziału w postępowaniu i uznania jej oferty za odrzuconą;
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż skoro Odwołująca była podwykonawcą firmy ENKO SA - to jedynym podmiotem, który mógł potwierdzić należyte wykonanie usługi był ten podmiot. Odwołująca wskazała, iż wykonała dla firmy ENKO SA zadania o wartości brutto 5.021.540,00 PLN, przy czym całkowita wartość inwestycji wynosiła 7.536.445,89 PLN brutto.

Odwołujący podał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający może żądać wykazu dokumentów, które określa *rozporządzenie 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,* a wymienione w nim dokumenty stanowią katalog zamknięty, zatem Zamawiający

---

nie może wymagać od Wykonawców innych dokumentów, jak również nie może wymagać, aby treść tych dokumentów odbiegała od dyspozycji zawartych w Rozporządzeniu (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2010 roku, KIO/UZP 1723/09). Uprawnienie Zamawiającego do żądania oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia Publicznego nie oznacza jego pełnej swobody. Zwraca się uwagę, iż muszą to być dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zatem, Zamawiający konkretyzując w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu oraz określając wykaz dokumentów, których żąda od Wykonawców, powinien wziąć pod uwagę charakter postępowania, jego cel oraz specyfikę. Rozporządzenie jako z jeden dokumentów, których Zamawiający może żądać od Wykonawców, potwierdzających spełnianie określonych przez niego warunków udziału w postępowaniu, wskazuje wykaz robót budowlanych wraz dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a w przypadku usług lub dostaw wykaz wykonanych dostaw lub usług (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi lub dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ustawodawca pozostawił Wykonawcom dowolność, co do formy i treści tegoż dokumentu, z zastrzeżeniem, że z dokumentu takiego wynika wykonanie określonych robót budowlanych, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym. Odwołujący wskazuje, iż dokument referencji (lub jakikolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usługi lub dostawy) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 roku, KIO/UZP 1092/09). Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie Wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, usług lub dostaw. W związku z powyższym Zamawiający w postępowaniu nie może zarzucić Wykonawcy, na podstawie załączonych przez niego referencji, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Przyjmuje się, iż oświadczenie składane przez Wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy, a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, Zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie. W przypadku złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Ustawy wyklucza z postępowania takiego Wykonawcę. Jednakże przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, Zamawiający powinien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać podanie przez niego nieprawdziwych informacji.

Co do treści referencji, mają one potwierdzić jakość wykonywanych robót budowlanych,

usług, dostaw. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2009 roku (KIO/UZP 1221/09) orzeczono, że w dokumentach referencji nie wymaga się potwierdzenia ilości i rodzaju usług, co należy do obowiązku Wykonawcy, aby uczynił to w wykazie usług. To w wykazie Wykonawca ma obowiązek udowodnić Zamawiającemu, iż spełnia określone przez niego warunki udziału w postępowaniu. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2009 roku (KIO/UZP 1500/09), w którym stwierdzono, że wszelkie dodatkowe informacje potwierdzające oświadczenie Wykonawcy w wykazie dostaw, są przez Zamawiających mile widziane, jednakże nie są one obowiązkowe, a zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy.

Odwołujący argumentuje, że informacje otrzymane od przedstawiciela Gminy Wąsosz zawierają dwie informacje dotyczące zakresu robót Odwołującej wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym budowy przedmiotowej oczyszczalni, z których jednoznacznie wynika, iż Odwołująca wykonała dla Miasta i Gminy Wąsosz zadanie budowy oczyszczalni o wartości powyżej 5.000.000 PLN brutto. Podniósł Odwołujący, że zarzutem Zamawiającego było, zdaniem Zamawiającego, wykonanie przez Odwołującą części zadania inwestycyjnego - budowy oczyszczalni, a nie całości, jak również nie ponoszenie solidarnej odpowiedzialności za realizację zadania, podczas gdy warunkiem SIWZ było wykonanie budowy oczyszczalni bez zastrzeżenia charakteru takiego wykonania w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego, a zatem czy to w charakterze głównego wykonawcy czy też podwykonawcy. Zgodnie z art. 647 KC wykonywanie robót przez podwykonawcę wymaga zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu oraz wyrażenia przez niego zgody czy to w sposób wyraźny czy też dorozumiany (przez brak zgłoszenia sprzeciwu). Charakter obligacyjny zawartej umowy pomiędzy firmą ENKO SA, a Odwołującą oraz odpowiedzialność solidarna z tego tytułu za realizację zadania jest neutralna biorąc pod uwagę treść i warunki SIWZ. Z SIWZ wynika bowiem, iż potencjalny oferent miał wykazać się budową zadania (a zatem chodzi o szereg czynności faktycznych, a nie o rodzaj stosunków prawnych wiążących firmę ENKO SA z Odwołującą względnie ENKO SA, Odwołującą oraz Miasto i Gminę). Innymi słowy oceniana jest podstawa faktyczna, a nie prawna wykonania określonego zadania. Wobec braku legalnej definicji terminu: „Oczyszczalnia ścieków", należy sięgnąć do reguł wykładni językowej przy uwzględnieniu pojęć i zasad sztuki budowlanej dotyczącej budowy oczyszczalni ścieków. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującej z dnia 29.04.2011 r. oraz otrzymanego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo-finansowego przedmiotowej budowy - Odwołująca w ramach robót budowlanych wykonała szereg prac, których całość składa się na wybudowanie oczyszczalni ścieków.

Sam fakt bycia podwykonawcą firmy ENKO SA nie przesądza, zdaniem Odwołującej, o nie wykonaniu w całości zadania - wybudowaniu oczyszczalni ścieków przez Odwołującą. Firma ENKO SA jest specjalistycznym podmiotem, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się dostawą specjalistycznych urządzeń do oczyszczalni ścieków. Ten fakt również potwierdza podnoszoną przez Odwołującą okoliczność, iż to ona jako podwykonawca przejęła całość obowiązków związanych z wykonaniem prac budowlanych - oczyszczalni ścieków i zamontowania w tej oczyszczalni kompleksu urządzeń specjalistycznych dostarczonych przez firmę ENKO SA. Odwołujący argumentuje, że zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nakazują ocenę postanowień SIWZ przede wszystkim przy użyciu wykładni językowej, nie zaś według intencji Zamawiającego, które nie znalazły odzwierciedlenia w SIWZ, nawet jeśli jest to dla Zamawiającego korzystne (por. wyrok KIO z dnia 10.08.2010r., sygn. KIO 1579/10). Zdaniem Odwołującej, zwrócić należy uwagę, iż tylko w przypadku złożenia przez Odwołującą nieprawdziwych informacji, mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Zamawiający zgodnie z ar.24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Ustawy, wyklucza z postępowania takiego wykonawcę. Jednakże przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującej z postępowania, Zamawiający powinien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać podanie przez niego nieprawdziwych informacji. Pismo Zamawiającego z dnia 29.04.2011r. w sposób oczywisty nie spełnia wyżej wymienionego wymagania. Jak już wyżej wskazano Zamawiający zarzucił Odwołującej wykonanie części zadania o wartości niższej aniżeli 5.000.000 PLN brutto, pomimo otrzymania przez Zamawiającego wykazu robót, referencji potwierdzających rodzaj, wartość i prawidłowość wykonania budowy oczyszczalni ścieków, wyjaśnień Odwołującej oraz informacji wraz z harmonogramem-

rzeczowo finansowym z Miasta i Gminy Wąsosz. Zamawiający wzywając Odwołująca do uzupełnienia dokumentów nie wskazał zakresu uzupełnienia (por, wyrok KIO z 04.03.2010. sygn. KIO/UZP 29/10). Niejasny charakter wezwania doprowadza do sytuacji, w której wykonawca zmuszony jest domniemywać, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie (wyrok KIO z dnia 16.01.2008, sygn. KIO/UZP 1530/08). Jeżeli nawet Zamawiający miał wątpliwości co do wykazu robót oraz ich charakteru mógł wezwać Odwołującą do przedstawienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, które budziły jego wątpliwości np. stosunek prawny łączący Odwołującą i firmę ENKO SA oraz solidarna odpowiedzialność za wykonanie zadania.

Odwołujący zaznaczył, iż zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający miał obowiązek uwzględnienia oferty Odwołującej wobec spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym

samym Zamawiający uchybił przepisom, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust.2 pkt.3 oraz art. 89 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszył interes Odwołującej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującą, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującej mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, skoro zawiera ona najniższą cenę, przy kryterium oceny ofert stanowiącym cenę za wykonanie zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanej sprawie dopatrzono się takich naruszeń. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zamawiający zawarł w postępowaniu na „Budowę *oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej w Kleczewie"* wymóg w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w Dziale VII pkt. 1 ppkt.2 a także ogłoszeniu (sekcja III.3.2 ogłoszenia) następujące wymaganie: „Wykonawca *wykaże wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: - co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie oczyszczalni ścieków (z wyłączeniem przydomowych) i kanalizacji sanitarnej o wartości zadania min. 5.000.000,00 PLN brutto. Zamawiający dokona oceny tego warunku na podstawie wykazu, o którym mowa w dziale VIII pkt 2 ppkt 2 SIWZ oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie.".*

Powyższe zasady i kształt postępowania uregulowany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zostały ostatecznie ukształtowane. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została podana do publicznej

wiadomości dnia 22 marca 2011 r. poprzez zamieszczenie jej na stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego. Odwołująca, jak również inni wykonawcy nie kwestionowali opisanego wyżej brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez złożenie odwołania co do treści ogłoszenia lub specyfikacji. Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie (pięciodniowy od dnia ogłoszenia lub zamieszczenia specyfikacji) także już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować

brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Z tego też względu należy uznać, że postawiony warunek udziału w postępowaniu stał się wiążącym wykonawców.

Spornym między stronami w postępowaniu odwoławczym jest spełnienie przez wykonawcę Krystynę Miturę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Ustawodawca w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych określił sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że rodzaje

dokumentów, jakich może żądać zamawiający dla celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określi rozporządzenie. W tym zakresie mają zatem zastosowanie przepisy *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.* Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3) tego rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać następujących 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.

Wykonawca Krystyna Mitura, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska w Poznaniu złożył wymagany wykaz, w sposób zgodny z wymaganiami postawionymi w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym wykazano wykonanie w okresie od 01.09.2007r. do 30.03.2009r. roboty: „Budowa *mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków dla Miasta i Gminy Wąsosz o przepustowości Q=1200 m(3)/d wraz z wykonaniem sieci wod-kan na terenie oczyszczalni. Wykonanie sieci wodociągowej o dł. 700 mb ze studnią wodomierzową, sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej Q350 mm dł. 720 mb i tłocznej Q200 dł 450 mb".* Wykaz dopełniły referencje wystawione przez generalnego wykonawcę roboty – firmę ENKO SA w Gliwicach z 1 września 2009 r. wskazujące, że Odwołująca była „projektantem *i naszym głównym*

podwykonawcą inwestycji związanej z rozbudową oczyszczalni ścieków w Wąsoszu. Prowadził i wykonał budowę mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości Q=1200 m(3)/d w zakresie robót związanych z technologia oczyszczania ścieków pod katem mechanicznym, biologicznym i gospodarki osadowej, a także układem sterownia procesem (AKPiA) oraz przeprowadził kompleksowy rozruch oczyszczalni wraz z oddaniem obiektu do eksploatacji. Zakres prac realizowanych przez Zakład Ochrony Środowiska obejmował wykonanie:

1) Ciągu technologicznego biologicznej oczyszczalni ścieków o Q=1200 m(3)/d wraz z dostawą, montażem i wyposażaniem w urządzenia katalogowe,
2) Stacji dmuchaw z wyposażeniem,
3) Stacji mechanicznego oczyszczania ścieków,
4) Stacji odwadniania i higienizacji osadu nadmiernego,
5) Instalacji elektrycznych i AKPiA z wizualizacją komputerową,
6) Sieci wod-kan."

Odwołująca złożyła dodatkowo referencje z dnia 1 grudnia 2008 r., dotyczące wykazywanej roboty budowlanej potwierdzające należyte jej wykonanie, wystawione przez ostatecznego odbiorcę roboty (Gminę Wąsosz), wskazujące, że Odwołująca była „projektantem *inwestycji pod nazwą "Budowa oczyszczalni ścieków w Wąsoszu". Ponadto prowadził budowę mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości Q=1200 m(3)/d w zakresie robót związanych z technologią oczyszczania ścieków pod kątem mechanicznym, biologicznym i gospodarki osadowej a także układem sterowania procesem (AKPiA)".*

Odwołująca, uczyniła zatem zadość obowiązkowi wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób zgodny ze wspomnianymi regułami.

Zamawiający powziął wątpliwość co do wykazania przez Odwołującą warunku udziału w postępowaniu, w związku z czym wezwał Odwołującą do uzupełnienia dokumentów dot. wykazu robót w zakresie warunku Działu VII pkt. 1 ppkt. 2 SIWZ.

W odpowiedzi Odwołująca w dniu 29 kwietnia 2011 r. złożyła wyjaśnienia, w których podała, iż: „w *latach 2007-2009 realizowała dla Miasta i Gminy Wąsosz oczyszczalnię mechaniczno-biologiczną w zakres którego wchodziło:*
1. Wykonanie i montaż hali technologicznej w konstrukcji stalowej, reaktory biologiczne z wyposażeniem, wykonanie sieci wod-kan- całość o wartości 4.263.510,36 PLN brutto - czyli ciągu technologicznego,
2. Instalacje elektryczne- wartość robót 643.616,12 PLN brutto,
3. Przeprowadzenie rozruchu technologicznego oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej - wartość robót 114.413,52 PLN brutto."

W tym samym dniu, po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający wykluczył Odwołującą z postępowania na podstawie art. 24.ust. 2 pkt. 4 ustawy i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD" Tadeusz Bąkowski ZPCHr z Kleczewa, wskazując w uzasadnieniu, iż „*Z zapisów SIWZ wynika jednoznacznie, że*

warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie się budową/rozbudową oczyszczalni ścieków, a nie wykonywaniem tylko jej części. Ponadto oferent nie wykazał, iż wykonywał w okresie ostatnich pięciu lat min, jedno zadanie polegające na budowie oczyszczalni ścieków o wartości co najmniej pięć milionów złotych brutto."

Na rozprawie Zamawiający podał, że podstawą dokonanej oceny były informacje uzyskane od wystawcy referencji – Gminy Wąsosz za pomocą poczty elektronicznej w dniu 18 kwietnia 2011 r., w których podano, że Zakład Ochrony Środowiska wykonywał prace *„w budynku technologicznym (konstrukcję stalową) oraz technologię".* Przesłano także Zamawiającemu harmonogram rzeczowo – finansowy budowy oczyszczalni wykazywanej przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (pierwsza korespondencja pocztą elektroniczną prowadzona między Zamawiającym a pracownikiem Gminy Wąsosz) oraz, że Zakład Ochrony Środowiska „wykonał *ponadto na budowie oczyszczalni ścieków rzecz, która nazywa się AKPiA"* (druga korespondencja w formie elektronicznej prowadzona między Zamawiającym a pracownikiem

Gminy Wąsosz).

Na gruncie opisanego stanu faktycznego, podkreślenia wymaga – co wyżej zostało zaakcentowane – iż zasadą jest, że podstawą oceny przez zamawiającego spełnienia bądź nie warunku udziału w postępowaniu winny być te dokumenty, które były wymagane przez zamawiającego: w tym wypadku wykaz robót oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie.

Znaczenie obu wymienionych dokumentów jest takie, że pierwszy ma służyć potwierdzeniu ilości, zakresu, terminu czy przedmiotu robót, drugi zaś jedynie potwierdzać, że wykonano je należycie. Referencje nie służą zatem, co do zasady, wykazaniu zakresu robót czy ich zgodności z warunkiem postawionym dla wykazania doświadczenia.

Celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy czy roboty budowlanej, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji. Informacje dotyczące wartości usługi, terminu czy jej zakresu wynikać powinny z samego oświadczenia Wykonawcy złożonego w treści oferty.

Dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania „referencje", ani też stwierdzenia, że określona usługa została wykonana należycie. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania prac. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać zawartą w nim treść.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w analizowanym postępowaniu Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości na podstawie wszystkich ustalonych okoliczności – w tym złożonych przez Odwołującą dokumentów jak i zebranych przez siebie informacji - co do

tego, czy wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Wątpliwości te zasadnie miały źródło w brzmieniu referencji z dnia 1 września 2009 r. wystawionych przez firmę ENKO SA, które wymieniały enumeratywnie rodzaje prac, jakie miała wykonać Odwołująca. Fakt, że nie pokrywały one całości prac jakie składają się na objętą warunkiem udziału w postępowaniu budowę oczyszczalni ścieków (z wyłączeniem przydomowych) i kanalizacji sanitarnej, w zestawieniu z wyraźnie zaznaczoną informacją o wykonaniu wykazywanych robót w charakterze podwykonawcy, mógł zasadnie wywoływać wątpliwości Zamawiającego co do tego, że być może Odwołująca wykonała jedynie część robót składających się na budowę oczyszczalni ścieków (z wyłączeniem przydomowych) i kanalizacji sanitarnej.

Zauważyć także należy, że – jakkolwiek Zamawiający tej okoliczności nie akcentował - złożone dwa dokumenty referencji datowane na 1 wrzesień 2009 r. (referencje wystawione przez ENKO SA w Gliwicach) oraz na 1 grudnia 2008 r. (referencje Gminy Wąsosz) pozostają w pewnej niespójności z treścią wykazu robót, jeśli chodzi o ustalenie okresu wykonania robót. W wykazie robót podano bowiem, że sporne w sprawie roboty na rzecz Gminy Wąsosz wykonano w okresie od 1 września 2007 r. do 30 marca 2009 r., podczas gdy jeden z dokumentów referencji – ten pochodzący od ostatecznego odbiorcy robót, to jest Gminy Wąsosz, datowany jest na dzień poprzedzający o trzy miesiące termin zakończenia robót.

Dostrzeżenia jednocześnie wymaga, że oba złożone wraz ofertą dokumenty referencji noszą daty znacząco poprzedzające przedmiotowe postępowanie. Może mieć to znaczenie o tyle, że wskazywany w nich zakres prac mógł zostać określony w sposób ogólny, pozwalający uczynić z nich użytek w różnych postępowaniach czy też – w intencji wystawcy – miał być przykładowy. Wielokrotnie spotykaną jest bowiem praktyka, że referencje wystawia się w sposób uniwersalny, agregując cząstkowe prace w jedno zadanie, bez rozbicia na poszczególne etapy czy rodzaje robót, ze wskazaniem łącznego zakresu dat wszystkich prac jako terminu ich wykonania.

Treść złożonych przez Odwołującą dokumentów zasadnie zatem skutkowała powzięciem przez Zamawiającego wątpliwości. Wątpliwości te jednak powinny być wykonawcy zakomunikowane, w sposób dający możliwość stwierdzenia przez wykonawcę źródła zastrzeżeń Zamawiającego czy też zakresu dostrzeżonych niedoskonałości. Postulatu tego nie spełnia ogólne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nawiązujące jedynie do brzmienia warunku udziału w postępowaniu, na tle którego ujawniły się wątpliwości. Jest to o tyle istotne, że podstawą oceny dokonanej przez Zamawiającego dokumentów złożonych z ofertą oraz w następstwie wykonania wezwania były nie tylko dokumenty złożone z ofertą – wykaz robót oraz referencje ich dotyczące wraz z

dokumentami złożonymi przez wykonawcę w ramach uzupełnienia, ale także dokumenty samodzielnie pozyskane przez Zamawiającego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że co do zasady nie jest niedopuszczalne samodzielne, bez angażowania zainteresowanego wykonawcy podejmowanie przez zamawiającego czynności mających na celu wyjaśnienie czy w złożonej ofercie nie występują braki, szczególnie wtedy gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań a nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. Za dopuszczalne należy zatem uznać uwzględnienie przy tej ocenie ofert okoliczności wynikających z zebranych samodzielnie przez zamawiającego materiałów i informacji dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu i na tej podstawie dokonanie oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu. W sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji.

Opisane wyżej uzasadnione wątpliwości, w szczególności co do zakresu zrealizowanej usługi, wskazanej w wykazie na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, muszą być brane pod uwagę przez Zamawiającego przy badaniu spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę. Zamawiający może bowiem udzielić zamówienia publicznego w wyłącznie wykonawcy spełniającemu warunki udziału postępowaniu. Zatem, jakiekolwiek uzasadnione wątpliwości co do zakresu zrealizowanej usługi podlegają wyjaśnieniu. W ustalonym stanie faktycznym wątpliwości nie zostały przez Odwołującego wyjaśnione, ale – co należy podkreślić – Zamawiający swoim działaniem, w znacznym stopniu uniemożliwił takie rozwianie powziętych wątpliwości. W konsekwencji, brak jednoznacznego wyjaśnienia powziętych przez zamawiającego wątpliwości powoduje, że zamawiający nie może jeszcze uznać, iż spełnienie danego warunku nie zostało przez wykonawcę wykazane.

Wobec powyższego, dostrzec należało, że brak wykazania przez wykonawcę w sposób jednoznaczny zakresu zrealizowanej usługi nie pozwala na przyjęcie, by wykonawca wykazał spełnianie warunku podmiotowego. Jakkolwiek „referencje", co do zasady, nie muszą potwierdzać zakresu wykonanej usługi, a są składane w celu wykazania należytego wykonania zamówienia, nie należy jednak zapominać, iż w przypadku, gdy w świetle uzyskanych przez zamawiającego informacji z innych źródeł wynika, że zakres danej usługi budzi wątpliwości, to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbicie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia. Obowiązek ten wynika wprost z brzmienia art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Brak wykazania, że usługa obejmowała wymagany zakres świadczenia obciąża w zatem sposób negatywny wykonawcę, skutkując uznaniem, iż wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Zamawiający powinien w takim przypadku wezwać wykonawcę do wyjaśnienia oferty, względnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a dopiero po dokonaniu oceny uzyskanych informacji i dokumentów, w razie gdyby nie potwierdziła ona spełnienia warunku udziału w postępowaniu - dokonać ewentualnego wykluczenia wykonawcy (tak też: wyrok KIO z dnia 7 maja 2010 r. w spr. KIO/UZP 519/10).

Ponadto, dodatkowe czynności Zamawiającego (wezwanie do wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), mające za przedmiot złożony wykaz oraz dopełniające go referencje, są o tyle uzasadnione, że Zamawiający dokonał negatywnej ich oceny na podstawie informacji pozyskanych ze źródeł zewnętrznych, innych niż dokumenty złożone wraz ofertą, nie wskazując na źródło swoich wątpliwości (jak wskazane informacje pochodzące od wystawcy referencji) a tym samym podstawę oceny złożonych dokumentów, nie dając Odwołującemu szansy na ustosunkowanie się do ujawnionych tam okoliczności. Nie jest także wystarczającym uzyskanie przez Zamawiającego opinii zewnętrznego eksperta na potrzeby oceny spełnienia przez Odwołującą warunku udziału w postępowaniu:
- w opinii tej wyrażono kategoryczną konkluzję, że wykonawca Krystyna Mitura prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, skoro „był *tylko głównym podwykonawcą i projektantem części realizowanego obiektu",* podczas gdy na podstawie samego faktu występowania w roli podwykonawcy jeszcze nie można przesądzać o posiadaniu lub nie odpowiedniego doświadczenia;

- autor opinii bazuje na tezie, iż skoro wartość wykazywanych robót budowlanych wynosiła 7.536.445,89 zł, zaś wynikająca z referencji wartość robót opiewa na kwotę 5.021.540,00 zł to oznacza to, że wykonawca musiał wykonać jedynie część robót. Nie przesądzając w tym miejscu o zakresie wykonanych robót, to bowiem pozostawiono do ustalenia przez Zamawiającego w ramach ponownego badania i oceny ofert, stwierdzić należy, że samo wycenienie wartości prac wykonanych przez podwykonawcę (a zatem – określenie wartości wynagrodzenia należnego temu podwykonawcy) nie oznacza jeszcze, że podwykonawca wykonał jedynie część robót składających się na budowę oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej, bowiem jego wynagrodzenie za roboty wynikające z umowy z wykonawcą głównym (firmą ENKO SA) wynika z wewnętrznego stosunku pomiędzy tymi podmiotami i mogło być niższe niż wynagrodzenie uzyskane przez tego wykonawcę na podstawie umowy z Gminą Wąsosz.

Podstawą oceny winny być bowiem dokumenty zebrane w toku postępowania, co do których zainteresowany wykonawca miał możliwość wypowiedzenia się, zaś wnioski płynące z tej oceny winny być pozbawione przypuszczeń i elementów natury spekulacyjnej.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane przez zamawiającego powinno bowiem nawiązywać do podstaw wątpliwości zamawiającego oraz ich źródeł, by dać wykonawcy szansę „obronienia" swojej oferty w kontekście tych właśnie wątpliwości. W tej sytuacji należy wykonawcy zaprezentować informacje pozostające w dyspozycji zamawiającego i wątpliwości jakie na ich tle powstały, celem umożliwienia mu definitywnego wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Powyższe przemawiało za uwzględnieniem odwołania, poprzez nakazanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W ramach tych czynności zasadnym się wydaje wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia złożonych dokumentów (złożonego wykazu wraz z dopełniającymi go referencjami) – wobec dostrzeżonych i wyartykułowanych na rozprawie wątpliwości co zakresu wykonanych robót.

Celowym jest także ponowne wezwanie do uzupełnienia spornych dokumentów z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie obejmującym wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że powszechnie przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreśla się, także, że

niebudzące wątpliwości jest prawo Zamawiającego do wielokrotnego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej w danym postępowaniu oferty, jeżeli zaistnieje taka konieczność

(art. 87 ust.1 Pzp). Powyższe odnosi się również do instytucji wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Z tym zastrzeżeniem, aby wyjaśnienia nie prowadziły de facto do kolejnego uzupełnienia w tym samym zakresie. Podzielając wyrażoną w przytoczonych orzeczeniach argumentację, uznano, że na gruncie analizowanej sprawy zasadnym jest wniosek, że wystosowanie do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie spełnia wskazanych postulatów, przy czym to rzeczą Odwołującego będzie wykazanie – w świetle sygnalizowanych, zasadnych wątpliwości – spełnienia spornego warunku udziału w postępowania oraz inicjatywa dowodowa w tym zakresie, wyrażająca się ewentualnym złożeniem dodatkowych dokumentów czy choćby umowy o podwykonawstwo (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 32 marca 2010 r. w spr. KIO/UZP 31/10 a także wyrok z 16 stycznia 2008 r. w spr. 1530/08). W warunkach, gdy Zamawiający nie dał wykonawcy możliwości ustosunkowania się do wątpliwości stanowiących podstawę wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym informacji i dokumentów samodzielnie zebranych przez Zamawiającego na okoliczności niekorzystne dla wykonawcy, zasadnym wydaje się ponowne wezwanie wykonawcy, zawierające sygnalizowane wątpliwości oraz ich źródło. Nie zmienia bowiem tej oceny okoliczność, że wykonawca pozyskał część informacji stanowiących podstawę dokonanej przez Zamawiającego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu – mowa tu o treści korespondencji prowadzonej elektronicznie między Zamawiającym a ostatecznym odbiorcą robót, to jest Gminą Wąsosz.

Podzielając przytoczoną wyżej argumentację, uznano, że w ramach dokonywanej oceny złożonych lub wyjaśnionych dokumentów, Zamawiający winien uwzględnić okoliczność, że nie jest wystarczającą podstawą do uznania, że wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia fakt, że opisane roboty wykonano w charakterze podwykonawcy. Nie sposób się z przez zgodzić argumentacją zaprezentowaną Zamawiającego, zgodnie z którą wykazywane roboty nie powinny być uznane, a to z uwagi na to, że ze złożonych dokumentów wynika, iż Odwołująca wykonywała przedmiotowe roboty w roli podwykonawcy a nie wykonawcy głównego. Przepis art. 22 ust. 2 ustawy nie określa, w jaki sposób wykonawca ma zdobyć dane doświadczenie, a sytuacja prawna wykonawcy podczas realizacji kontraktu co do zasady nie ma znaczenia dla określenia jego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych. Wymagane doświadczenie firma budowlana może zdobyć nie tylko jako strona umowy, tj. jako Główny Wykonawca lub Partner Konsorcjum, ale także poprzez wykonanie określonych zadań w inny sposób, na

przykład jako podwykonawca. Istotnym bowiem jest udokumentowany fakt posiadania określonego rodzaju doświadczenia. Nie jest zatem okolicznością uzasadniającą dokonaną ocenę przez Zamawiającego złożonych dokumentów fakt, że Odwołujący wykazał roboty budowlane, w których występował w charakterze podwykonawcy, podobnie jak teza wyartykułowana przez Zamawiającego, iż podwykonawca nie ponosi odpowiedzialności solidarnej z wykonawców robót. Okoliczności te pozostają bez znaczenia dla oceny możliwości wykazania się posiadanym doświadczeniem.

Uwzględnienia także w ramach ponownej oceny ofert a także ewentualnych, przyszłych wyjaśnień oraz uzupełnionych dokumentów wymaga, iż:

- niewłaściwym jest wnioskowanie na podstawie informacji uzyskanych przez Zamawiającego w Gminie Wąsosz a także złożonych i niekwestionowanych przez stronę przeciwną kserokopii dzienników budowy, że skoro Pani Krystyna Mitura była w inwestycji wykonywanej przez ENKO SA na rzecz Gminy Wąsosz kierownikiem robót w określonym zakresie, to oznacza to, że wykonawca Krystyna Mitura, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska w Poznaniu nie mogła wykonywać robót składających się na budowę oczyszczalni ścieków w roli podwykonawcy. Nie można wykluczyć sytuacji występowania Pani Krystyny Mitury w przedmiotowej inwestycji w podwójnej roli: jako specjalisty z danego zakresu wykonującej osobiście czynności kierownika robót a także jako przedsiębiorcy posiadającego odpowiedni stopień zorganizowania, występującego w roli podwykonawcy robót;

- podnoszone przez Zamawiającego niespełnienie przez Odwołującą analizowanego w sprawie warunku udziału w postępowaniu, w części odnoszącej się do wartości robót zostało przekonująco wykazane wyjaśnieniem Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2011 r., oraz,

niezakwestionowanym przez Zamawiającego ustaleniem na rozprawie, że zsumowanie wartości niespornych, wyraźnie wymienionych w referencjach ENKO SA prac, wycenionych na podstawie harmonogramu rzeczowo – finansowego, dopełnionych o prace mające za przedmiot konstrukcję stalową przekracza wymaganą kwotę 5.000.000 zł;

- dokonywana ocena dokumentów złożonych wraz z ofertą wykonawcy Krystyny Mitury, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska w Poznaniu oraz uzupełnionych i wyjaśnionych w wyniku uprzedniego wezwania Zamawiającego, a także tych, jakie zostaną ewentualnie złożone powinna uwzględniać, w pierwszej mierze, że to na wykonawcy ciąży inicjatywa dowodowa w zakresie wykazania okoliczności wywołujących wątpliwości co do Jego doświadczenia, To na wykonawcy spoczywa obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbicie wymagany w treści warunku zakres

zrealizowanego świadczenia. Wykazanie, że usługa obejmowała wymagany zakres robót obciąża w sposób negatywny wykonawcę, zaś zaniechanie przez wykonawcę inicjatywy w tej mierze, skutkować winno uznaniem, iż wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Ocena dokumentów służących wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu powinna w sposób czyniący zadość zasadom logiki, doświadczenia życiowego, zasady i do uwzględniając racjonalnego rozumowania wnioskowania prowadzić ostatecznego przesądzenia spełnienia bądź nie przez Odwołującego postawionego warunku udziału w postępowaniu. Dla tej oceny celowym się wydaje przeanalizowanie w pierwszym rzędzie zakresu czynności i elementów, jakie składają się na – tak jak stanowił postawiony warunek - budowę oczyszczalni ścieków (z wyłączeniem przydomowych) i kanalizacji sanitarnej, ustalenie jakie czynności składają się na taką budowę by móc uznać, że stanowią one zespół działań, które rozpatrywane łącznie stanowią o budowie oczyszczalni wraz z kanalizacją sanitarną, a nie tylko o wykonaniu niektórych, wyrywkowych robót wchodzących w zakres takiej inwestycji. Skonfrontowanie zakresu minimalnych czynności i prac, jakie stanowią o budowie oczyszczalni ścieków (z wyłączeniem przydomowych) i kanalizacji sanitarnej z zakresem prac, jakie zostanie ustalone w następstwie wszystkich, w tym przyszłych czynności Odwołującego zmierzających do wykazania spełnienia warunku, winno stanowić podstawę oceny Zamawiającego.

Powyższe argumenty przemawiały za uznaniem, że potwierdziły się zarzuty naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenia te mogły mieć wpływ na wynik postępowania, co determinowało uwzględnienie odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Nie uznano wniosku o koszty postępowania Odwołującego, w części dotyczącej przyznania wynagrodzenia pełnomocnika na kwotę 3.600 zł, z uwagi na to, że ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [rozporządzenie *Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania]* wymaga poniesienia kosztów udokumentowania odpowiednich, uzasadnionych rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29

sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. DZ. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373z późn. zm]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

Przewodniczący: