

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2009 roku
Sąd Okręgowy w Koszalinie VII Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: sędzia SO Tadeusz Szkudlarek (spr.)

Sędziowie: SO Alicja Tyka, SO Marek Ciszewski

Protokolant: stażysta Tomasz Witt

po rozpoznaniu w dniu 23 września 2009 roku w Koszalinie

na rozprawie sprawy

ze skargi Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Spółki z o.o. w Koszalinie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 3 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 771/09

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

przy udziale Jerzego Panasiuka

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu poniższą treść:

1. **oddala odwołanie Jerzego Panasiuka**, prowadzącego przedsiębiorstwo pod nazwą „Luxor” Maszyny do Odpadów w Lublinie, od dokonanego w dniu 24 kwietnia 2009 roku przez zamawiającego - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z o.o. w Koszalinie - rozstrzygnięcia protestu na czynności odrzucenia oferty protestującego i wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego się Jerzego Panasiuka i z tego tytułu nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.574 zł** (czterech tysięcy pięciuset

siedemdziesięciu czterech złotych) z kwoty wpisu uiszczonego przez Jerzego Panasiuka;

2) zasądzić kwotę 4.800 zł (cztery tysiące osiemset złotych) od Jerzego Panasiuka, prowadzącego przedsiębiorstwo pod nazwą „Luxor” Maszyny do Odpadów w Lublinie na rzecz Zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z o.o. w Koszalinie tytułem kosztów postępowania skargowego

/ / t. Szkudlarek

/-/ M. Ciszewski

/-/ A. Tyka

Sygn. akt: **VII Ca 587/09**

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Koszalinie prowadzi inwestycję, której przedmiotem jest *rozbudowa i modernizacja Zakładu Odzysku Odpadów w Sianowie*. W ramach realizacji IV etapu inwestycji przedsiębiorstwo wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i montaż fabrycznie nowej linii sortowania mechanicznego odpadów komunalnych zmieszanych*. Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 23.01.2009r.

Termin składania ofert minął 6.02.2009r. o godzinie 12⁴⁵. Powołana przez Zamawiającego komisja dokonała otwarcia ofert kwadrans później. Jednocześnie komisja podała kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia 795.000 zł. W zbiorczym zestawieniu ofert komisja odnotowała pięć firm:

1. „Luxor” Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk z Lublina - 680. 000 zł netto,
2. „Hur” Technika Środowiska Spółka z o.o. w Zielonej Górze - 1.165.840 zł netto,
3. „Falubaz” S.A. w Zielonej Górze 722.530 zł netto,
4. Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Ekologii Miast w Łodzi - 771. 900 zł netto,
5. Fabryka Maszyn „Pomech” Spółka z o.o. w Pucku - 559.000 zł netto.

Następnie komisja przystąpiła do oceny ofert wymienionych pięciu firm. W toku tej oceny komisja uznała, że pełna ocena wymaga uzyskania od oferentów dodatkowych informacji i dlatego Zamawiający w pismach z 24.02.2009r.

skierowanych do oferentów (każdy o identycznej treści) wezwał ich o

uzupełnienie danych zawartych w ich ofertach - w terminie do 2.03.2009r.

W dniu 17.03.2009r. komisja przetargowa zebrała się ponownie i drugi raz przejrzała oferty i odpowiedzi oferentów na wysłane zapytania. Komisja oceniła oferty pod kątem spełnienia ośmiu warunków, a następnie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu wybrała ofertę najtańszą. Według załączonej do protokołu przetargu *Informacji o spełnianiu przez wykonawców warunków:*

1. firma „Luxor” nie spełniła warunku nr 6 (z uwagi na brak szczegółowego opisu wykonanych trzech linii oraz brak protokołów bezusterkowego odbioru linii),
2. firma „Hut” spełniła wszystkie warunki,
3. firma „Falubaz” spełniła wszystkie warunki,
4. firma OBREM nie spełniła warunku nr 6,
5. firma „Pomech” nie spełniła warunków nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6.

Tu należy podać, że w *Specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

Zamawiający zamieścił rozdział III *Instrukcja dla oferentów*, w której są m.in. następujące postanowienia:

5. o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy spełniający następujące warunki:

5.3. wykonane co najmniej trzy zamówienia **o takim samym charakterze** jak przedmiot zamówienia [podkr. SO],

6. oferta powinna zawierać następujące dokumenty i oświadczenia:

6.6. wykaz wykonanych co najmniej trzech linii ze szczegółowym opisem

w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie - odpowiadających swoim rodzajem i wartościom przedmiotowi zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie -

protokoły bezusterkowego odbioru linii — załącznik nr 6 [podkr. SO].

W protokole postępowania komisja zapisała, że wymagane warunki udziału w postępowaniu spełnia 2 wykonawców i że wykluczonych zostało 3 wykonawców.

W dniu 7.04.2009r. Zamawiający wysłał do pięciu oferentów pisma zawiadamiające o wyborze oferty „Falubazu” S.A. w Zielonej Górze jako najkorzystniejszej, a także o odrzuceniu ofert trzech wykonawców.

Firma „Luxor” Jerzego Panasiuka 9.04.2009r. wniosła **protest** na czynności zamawiającego (odrzucenie oferty protestującego i wybór oferty

„Falubazi” S.A.), domagając się unieważnienia tych czynności i powtórzenia czynności wyboru ofert.

W dniu 24.04.2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest „Luxoru” w ten sposób, że:

uchylił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
uchylił czynność odrzucenia oferty protestującego,

- postanowił powtórzyć czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 29.04.2009r. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do uzupełnienia w terminie do 5.05.2009r. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uczestnictwa w przetargu **zgodnie z punktem 5.3. „Instrukcji dla oferentów”**. Dalej Zamawiający sprecyzował, że na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków należy dołączyć.

1. wykaz wykonanych co najmniej trzech linii ze szczegółowym opisem w okresie ostatnich trzech lat (...), odpowiadających swoim rodzajem i wartościom przedmiotowi zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (...),

2. dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie - **protokoły bezusterkowego odbioru linii** - tylko dla linii wymienionych w wykazie [podkr. SO].

W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 4.05.2009r. firma „Luxor” nadesłała na adres Zamawiającego:

1. wykaz dostaw o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia, zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat:

f4

Z

a) dostawa linii sortowniczej odpadów z sitem dyskowym i kabiną sortowniczą, wydajność 30 Mg/h, 52800 Mg/ rok

- na rzecz „Beskidu” Spółki z o.o. w Żywcu, w kwietniu 2006r., o wartości 1.03 7.000 zł,

b) dostawa linii sortowniczej z kabiną sortowniczą, wydajność 30 Mg/h, 52.000/ rok

- na rzecz SKM Spółki z o.o. w Wodzisławiu Śląskim, w marcu 2006r., o wartości 332.080 zł,

c) dostawa linii sortowniczej odpadów zmieszanych z sitem wibracyjnym i kabiną sortowniczą, wydajność 30 Mg/h, 52.800/ rok

- na rzecz Miasta i Gminy Żuromin, w listopadzie 2007r., o wartości 522.160 zł,

d) dostawa linii z sitem bębnowym do wydzielania frakcji podsitowej, wydajność 60 Mg/h, 105.600 Mg/ rok

- na rzecz „Pure Jaworzyno III” Spółki z o.o. w Jaworznie, w listopadzie 2008r., o wartości 1.000.400 zł,

2. cztery pisma pochodzące od odbiorców dostaw wyżej wymienionych zatytułowane „Referencje” lub „List referencyjny” (wszystkie one potwierdziły wykonanie dostawy, wymieniały rodzaj ciągów i urządzeń technologicznych, a na końcu zawierały lakoniczne oświadczenia, że dostawy zostały wykonane należycie, zgodnie z warunkami umowy, a w ich trakcie nie wystąpiły trudności organizacyjne, techniczne i finansowe).

Po otrzymaniu uzupełnionej dokumentacji od oferentów komisja przetargowa Zamawiającego zebrała się ponownie i po raz trzeci przejrzała oferty i dołączoną do nich dokumentację, a następnie dokonała oceny ofert. W wyniku tej oceny Zamawiający w dniu 18.05.2009r. postanowił:

1. wykluczyć z postępowania trzech wykonawców - firmę „Luxor” Jerzego Panasiuka z Lublina, OBR „Ekologia Miast” z Łodzi i Fabrykę Maszyn „Pomech” z Pucka,
2. uznać za ważne i spełniające warunki oferty „Falubazu” S.A. z Zielonej Góry i „Hut” Technika Środowiska Sp. z o.o. z Zielonej Góry,
3. dokonać wyboru oferty „Falubazu” S.A. z Zielonej Góry jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając wykluczenie trzech wykonawców, Zamawiający wyjaśnił, że OBREM z Łodzi oraz Fabryka Maszyn „Pomech” z Pucka w terminie do 5.05.2009r. nie uzupełnili dokumentacji. Natomiast firma „Luxor” Jerzego Panasiuka po wezwaniu do uzupełnienia dokumentacji nadesłała *Wykaz zrealizowanych dostaw* w okresie od kwietnia 2006r. do listopada 2008r. oraz referencje od wymienionych w wykazie odbiorców dostaw. Ten oferent nie przedstawił jednak protokołów bezusterkowego odbioru wykonanych dostaw. Ponadto z czterech dostaw zamieszczonych w wykazie tylko jedną można było zakwalifikować jako **tożsamą** z przedmiotem zamówienia [podkr. SO].

W dniu 22.05.2009r. Jerzy Panasiuk, właściciel przedsiębiorstwa „Luxor”, wniósł **protest** na czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu protestującego z postępowania, wyborze oferty „Falubazu” S.A. jako najkorzystniejszej oraz zaniechaniu wyboru oferty „Luxoru”. W związku z tymi zarzutami Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty „Falubazu” S.A. i czynności wykluczenia Protestującego z postępowania, o powtórzenie czynności wyboru oferty i o wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Jerzy Panasiuk stwierdził, że zawężenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wcześniejszych dostaw do protokołów bezusterkowego odbioru nie ma oparcia w przepisach i nie może rodzić skutku w postaci wykluczenia wykonawcy. Zamawiający nie może więc odrzucać innych dokumentów, jeśli potwierdzają one, że roboty wykonane zostały należycie.

Zamawiający bezzasadnie zdyskwalifikował trzy dostawy spośród czterech, gdyż według niego nie są tożsame z przedmiotem zamówienia. Jednakże punkt 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

ustanowił warunek wykonania „co najmniej trzech zamówień o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia Tymczasem w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający zarzucił, że wykazane dostawy różnią się od przedmiotu niniejszego zamówienia np. rodzaju sita (wibracyjne, a nie bębnowe) lub nie mają sita. A przecież w SIWZ nie postawiono takiego

warunku. Mimo tych różnic charakter dostaw opisanych w *Wykazie* jest taki sam jak przedmiot zamówienia PGK w Koszalinie.

W dniu 22.05.2009r. Zamawiający **rozstrzygnął protest** „Luxoru” w ten sposób, że go oddalił.

W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że Jerzy Panasiuk nie wykazał się doświadczeniem w realizacji dostaw o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia. Protestujący sprowadza różnice między dostawami z *Wykazu* a przedmiotem zamówienia do nie znaczących szczegółów technicznych. Tymczasem w opisie przedmiotu zamówienia PGK Spółki z o.o. wyraźnie podano, z jakich podstawowych elementów ma się składać linia do sortowania odpadów komunalnych. Jednym z podstawowych elementów linii jest **sito obrotowe**; nie jest to szczegół techniczny, lecz główny i zasadniczy element linii sortowniczej. Od tej części zależy cały technologiczny układ sortowania i możliwości współdziałania z już istniejącymi urządzeniami. Ten element decyduje o pracy linii sortowniczej i jej umiejscowieniu w terenie. Tak więc opisane w *Wykazie* dostawy mają - oprócz jednej - charakter zupełnie różny i nieporównywalny do przedmiotu zamówienia. Skoro protestujący nie wykazał się wiedzą i doświadczeniem w dostawach zbliżonych lub o podobnym charakterze z przedmiotem zamówienia, to nie ma pewności, że zrealizuje on dostawę linii sortowniczej zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Jeśli chodzi o wymóg dostarczenia protokołów bezusterkowego odbioru wykonanych dostaw, to takie protokoły najlepiej obrazują, w jaki sposób poprzednie zamówienia zostały przez wykonawcę zrealizowane.

Jerzy Panasiuk, właściciel przedsiębiorstwa „Luxor”, w dniu 1.06.2009r. wniósł **odwołanie od rozstrzygnięcia protestu** przez Zamawiającego. W tym odwołaniu podtrzymał on swoje dotychczasowe stanowisko co do bezzasadności wykluczenia go z postępowania i co do wyboru oferty najkorzystniejszej. Na poparcie tezy, że zawężenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia do protokołów bezusterkowego odbioru robót nie ma oparcia w przepisach prawa, Odwołujący się przytoczył szereg orzeczeń krajowej Izby Odwoławczej. Dalej Odwołujący się powtórzył twierdzenie, że wykazanie przezeń wcześniejsze dostawy miały charakter zbliżony do przedmiotu zamówienia. Gdyby warunkiem udziału w postępowaniu miało być wcześniejsze zrealizowanie dostaw identycznych z przedmiotem zamówienia, to taki warunek powinien być wyraźnie sformułowany w punkcie 5.3 SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Tymczasem punkt 5.3 specyfikacji mówi o zamówieniach „o takim samym charakterze”.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 2.07.2009r. pełnomocnik Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza **wyrokiem z dnia 3.07.2009r.** uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert, a ponadto kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego (szczegółowo je rozliczając w czterech podpunktach).

Rozważając pierwszy powód wykluczenia „Luxoru” z postępowania - brak wykazania zrealizowania w okresie trzech ostatnich lat co najmniej trzech dostaw o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia - Krajowa Izba Odwoławcza uznała za słuszne stanowisko Odwołującego się, że wykluczenie go było bezpodstawne. Termin **charakter** w ujęciu słownikowym oznacza ogół cech właściwych jakiemuś organizmowi, rzeczy, zjawisku itp., decydujących o ich indywidualnej naturze. Taki termin w odniesieniu do skomplikowanego urządzenia technicznego może być różnie rozumiany, a więc jest nieprecyzyjny. Świadczy o tym spór w niniejszej sprawie: według Odwołującego się element w postaci sita bębnowego nie determinuje charakteru danego urządzenia, zaś w opinii Zamawiającego jest to cecha wręcz rozstrzygająca o charakterze linii. Jeśli więc Zamawiający chciał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w konstruowaniu ściśle określonych urządzeń, to powinien sformułować taki warunek w specyfikacji (SIWZ). Skoro Zamawiający tego nie uczynił, to na etapie oceny ofert nie jest uprawniony do precyzowania warunków udziału w postępowaniu. Analizowane postanowienie SIWZ dawało pewną dowolność wykonawcom, więc nie mogą oni ponosić negatywnych konsekwencji z tego powodu, że to uprawnienie wykorzystali. W konsekwencji powyższego Izba uznała, że wykaz dostaw przedstawiony przez Odwołującego się odpowiada wymogom określonym w punkcie 5.3 SIWZ.

Co dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wcześniejszych dostaw dla innych podmiotów Izba stwierdziła, że ta Specyfikacja jest precyzyjna (punkt 6.6): należało przedstawić **protokoły bezusterkowego odbioru linii**. W celu rozstrzygnięcia, czy żądanie okazania takiego protokołu jest zgodne z prawem, Izba sięgnęła do przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa RM z 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz.605). Według tego przepisu w celu potwierdzenia^

warunku posiadania przez wyko^Aei^{^^}

niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw lub usług, odpowiadających swoim rodzajom i wartością przedmiotowi zamówienia (...) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. W tym przepisie prawodawca nie zamieścił katalogu dokumentów, z których pomocą oferent powinien wykazać należyte wykonanie zamówienia. Zdaniem Izby to oznacza, że jakikolwiek dokument, z którego wynika należyte wykonanie zamówienia, trzeba uznać za prawidłowy. Istota przyjętej konstrukcji polega na tym, że chodzi o potwierdzenie okoliczności, zaś środki służące temu potwierdzeniu zostały określone w sposób ogólny. Decyduje więc treść dokumentów, a nie jego rodzaj. W tej sytuacji Izba oceniła, że wymóg dostarczenia protokołów bezusterkowego odbioru dostawy nie ma oparcia w

przepisach prawa i na podstawie art.58 § 3 k.c. należy go pominąć. Na koniec Izba stwierdziła, że dołączone do wykazu dostaw referencje dla „Luxoru” potwierdzają należyte wykonanie zamówień. Zatem Odwołujący się niesłusznie został wykluczony z postępowania.

Zamawiający wniósł skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

3.07.2009r., w której domagał się uchylenia wyroku i rozstrzygnięcia co do istoty sprawy przez oddalenie odwołania wykonawcy od rozstrzygnięcia protestu na czynność wykluczenia go z postępowania, a nadto obciążenia wykonawcy kosztami postępowania odwoławczego i skargowego.

Skarżący podniósł trzy zarzuty przeciwko wyrokowi Krajowej Izby

Odwoławczej:

1. istotny błąd w ustaleniach faktycznych, a mianowicie uznanie, że punkt 5.3 i 6.6 specyfikacji określające wymagania wobec wykonawców w zakresie doświadczenia są nieprecyzyjnie sformułowane, co doprowadziło do kolejnego błędnego ustalenia, że właściciel firmy „Luxor” Jerzy Panasiuk wykazał się wykonaniem zamówienia o podobnym charakterze, choć w rzeczywistości zamówienia z wykazu takimi nie były, a ponadto ów wykonawca mimo wyraźnego zapisu specyfikacji nie dołączył do oferty protokołów bezusterkowego odbioru poprzednich dostaw;

2. naruszenie **art.7 ust.1, art.22 ust.1 i 2** w związku z **art.24 ust.2 pkt 3 i art.36 ust.1 pkt 5 i 6** Prawa zamówień publicznych przez pozbawienie zamawiającego możliwości oceny spełnienia warunków udziału wykonawców w postępowaniu, co w odniesieniu do doświadczenia

wykonawców, polegało na wykazaniu realizacji trzech linii technologicznych segregacji z sitem bębnowym, a nie innymi (wibracyjnymi i dyskowym), jakie wykazał Jerzy Panasiuk, które nie są tożsame z przedmiotem zamówienia - czego konsekwencją jest przymuszenie skarżącego wyrokiem KIO do wyboru wykonawcy, który nie wykazał się pożądanym doświadczeniem;

3. posłużenie się przy wydaniu orzeczenia argumentacją pozaprawną przez odwołanie się do „*Słownika współczesnego języka polskiego*” [Warszawa 1998] przy interpretacji pojęć użytych do opisu wymogów wobec wykonawców w zakresie doświadczenia, czego skutkiem było uznanie, że każda linia do segregacji odpadów (bez względu na rodzaj bębna lub jego brak) ma taki sam charakter jak przedmiot zamówienia.

Jerzy Panasiuk w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie. Według niego skarżący usiłuje wprowadzić do systemu polskiego prawa zamówień publicznych zasadę swobodnej interpretacji warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu do składania ofert. Jednakże nieprecyzyjne określenie w specyfikacji wymogów wobec wykonawców nie powinno mieć dla nich negatywnych skutków. Dalej Jerzy Panasiuk stwierdził, że według skarżącego zawarty w specyfikacji wymóg wykonania co najmniej trzech linii o takim samym charakterze jak przedmiot zamówienia oznacza, że wcześniejsze dostawy muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia i mieć takie same szczegółowe parametry techniczne i funkcjonalne, a w szczególności mieć siła obrotowe. W ten sposób Zamawiający w sposób niedopuszczalny zawęził warunki udziału wykonawców w postępowaniu. Na poparcie swojego poglądu wykonawca przytoczył szereg orzeczeń krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. Co do załączenia referencji zamiast protokołów bezusterkowego odbioru dostaw stanowisko Izby jest słuszne i stanowi kontynuację dotychczasowej linii orzeczniczej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest słuszna w części dotyczącej wymogów technicznych wcześniejszych dostaw na rzecz innych podmiotów. Jeśli Zamawiająca, szczególnie zależało na tym, aby zgłaszający się oferent wykazać^{^^}/x

doświadczenie w konstruowaniu i montażu linii mechanicznego sortowania odpadów zawierającej określone elementy techniczne, a nie inne, to powinien zamieścić odpowiedni wymóg w Specyfikacji (SIWZ). Precyzowanie tych wymogów na etapie oceny ofert było spóźnione. Sąd Okręgowy popiera argumentację Izby w tym zakresie, więc nie ma potrzeby tu jej powtarzać.

Skarżący ma rację, co do tego, że mógł żądać od zgłaszających się wykonawców nie jakichkolwiek dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy, lecz dokumentów określonego rodzaju, skoro taki wymóg zamieścił w specyfikacji. Gdyby Zamawiający żądał złożenia innych dokumentów niż te, które wskazał w ogłoszeniu czy specyfikacji, a które nie byłyby niezbędne do przeprowadzenia postępowania, to nie byłby uprawniony do wykluczenia wykonawcy, który nie przedłożył wskazanego dokumentu. Z drugiej strony - jeżeli według wykonawcy żądany dokument nie jest niezbędny w postępowaniu, to może on złożyć protest na treść specyfikacji. Żądanie zamawiającego od wykonawców protokołów bezusterkowego odbioru wcześniejszych robót utrudniłoby uczciwą konkurencję w sytuacji, gdy zwykle przy danych robotach rzadko sporządza się takie protokoły. W przypadku robót o wartości zbliżonej do wartości przedmiotu niniejszego zamówienia (795.000 zł) protokoły odbioru robót (dostaw) powinny być sporządzone. Zamawiający może mieć interes w tym, aby uzyskać informacje, czy wcześniejsze roboty (dostawy) zrealizowane dla innych podmiotów przez konkretnego wykonawcę zostały oddane bez usterek, czy też oferent wykonał zamówienie wadliwie i konieczne było usuwanie usterek. Protokoły odbioru robót (dostaw) sporządzane są z udziałem fachowców, którzy zamieszczają w nich konkretne uwagi co do spełnienia wymogów technicznych, jakości, wydajności, wystąpienia wad czy innych problemów z funkcjonowaniem danego urządzenia. Tymczasem dokumenty w formie *referencji* czy *listów referencyjnych* albo zbliżone zwykle podpisywane są np. przez dyrektora firmy, burmistrza itp., a nie fachowców, i mają ogólnikową treść, a czasem sprawiają wrażenie, że zostały sporządzone grzecznościowo, aby nie robić przykrości proszącemu o referencje lub aby nie narazić na szwank współpracy przy innych inwestycjach trwających lub możliwych w przyszłości albo z innych względów (np. osobistych). Możliwa jest sytuacja, że przedmiot zamówienia miał wady, które po dłuższych perypetiach zostały usunięte, a mimo to w referencjach zapisano należyte zrealizowanie zamówienia (które było należyte, ale po usunięciu wad). Zamawiającemu po to ma być przedłożony *dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy lub usługi*, aby mógł on na podstawie jego treści dokonać

oceny doświadczenia wykonawcy w realizacji określonych robót (dostaw). Dokument ogólnikowy, bardzo lakoniczny, jednym zdaniem stwierdzający należyte wykonanie zamówienia, nie poddaje się weryfikacji tylko na podstawie jego treści. Tymczasem takie cechy mają referencje i list referencyjny przedłożone przez Jerzego Panasiuka; sprawiają one wręcz wrażenie, jakby były pisane przez jedną osobę. Jerzy Panasiuk w żadnym piśmie kierowanym do Zamawiającego, do Krajowej Izby Odwoławczej i do sądu nie zarzucił, że żądanie protokołów bezusterkowego wykonania wcześniejszych robót ograniczało konkurencję, gdyż w przypadku zamówień z jego *Wykazu* takie protokoły nie zostały sporządzone, więc wykonanie przezeń tego warunku było niemożliwe. A przecież, gdyby tak było, wymieniony zarzut powinien być zgłoszony na pierwszym miejscu zaraz po otrzymaniu pisma Zamawiającego z 29.04.2009r. z jednoznacznym wskazaniem, że jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw mają być przedłożone protokoły bezusterkowe odbioru linii sortowniczych odpadów.

W konkluzji należy uznać, że nie jest słuszny ogólny pogląd Izby, jakoby wymóg dostarczenia protokołów bezusterkowego odbioru robót nie miał oparcia

w przepisach prawa. Należy tu rozróżnić dwie sytuacje: - pierwsza gdy taki wymóg nie jest zawarty w specyfikacji, a zamawiający dopiero później go formułuje - wtedy ów wymóg jest bezprawny, druga - gdy ten wymóg jest zawarty w specyfikacji - wtedy ocena, czy jest on bezprawny (bo np. ogranicza konkurencję), czy też nie[^] zależy od konkretnych okoliczności związanych z danym zamówieniem.

Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszym postępowaniu PGK Spółka z o.o. miała interes prawny i faktyczny w tym, aby sprecyzować rodzaj dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wcześniejszych dostaw, jaki ma przedstawić zgłaszający się oferent. Takie żądanie nie ograniczało konkurencji, bo z uwagi na wielkość robót (dostaw) protokoły odbioru powinny być sporządzone, więc oferenci nie powinni mieć kłopotów z ich dostarczeniem. Z drugiej strony ze względu na dość duży stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia i konieczność dopasowania go do innych urządzeń, już istniejących, z którymi ma współpracować, uzasadnione było dokładniejsze sprawozdanie doświadczenia wykonawcy, do czego ogólnikowe referencje się nie nadawały. Skoro PKG Spółka z o.o. jako Zamawiająca mogła prawnie domagać się okazania protokołów bezusterkowego odbioru wcześniejszych robót, to słusznie

z postępowania został wykluczony wykonawca, który takich dokumentów nie dostarczył.

W konsekwencji powyższych rozważań stwierdzić należy, że Izba powinna była oddalić odwołanie wykonawcy, zamiast unieważniać postępowanie.

Z powyższych względów zaskarżone orzeczenie należało zmienić i orzec jak w sentencji, obciążając przegrywającego wykonawcę kosztami postępowania (art.386 § 1 k.p.c. w związku z art.198 ust.2 p.z.p.).

(-) A. Tyka

(-) T. Szkudlarek

(-) M. Ciszewski