

**WYROK**  
**z dnia 19 października 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mariana Skibę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba, 33-100 Tarnów, ul. Bema 9** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 84 Sanok - Krościenko z drogą wojewódzką nr 892 Zagórz - Komańcza w m. Zagórz” prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność zamawiającego, polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnia czynność zamawiającego, polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mariana Skibę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba, 33-100 Tarnów, ul. Bema 9,**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20** na rzecz **Mariana Skiby, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba, 33-100 Tarnów, ul. Bema 9,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący**

.....

## **UZASADNIENIE**

### **do wyroku z dnia 19 października 2010 r. o sygn. akt: KIO 2212/10**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 84 Sanok - Krościenko z drogą wojewódzką nr 892 Zagórz - Komańcza w m. Zagórz” wykonawca: Marian Skiba, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zarzucając zamawiającemu: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej ustawa Pzp), poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy w pełni wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w treści określonej w SIWZ,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w związku z nieuzasadnionym wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia w postaci wykazu robót i dokumentów do niego załączonych w sytuacji braku przekonania u zamawiającego, iż odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego,
4. § 1 ust. 1 pkt 2 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. Nr 87, poz. 605), poprzez żądanie treści dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone o treści odpowiadającej treści warunku udziału w postępowaniu,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia sprawy doświadczenia zawodowego odwołującego,
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców wynikające z tego, iż zamawiający uznał dokument drugiego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, który potwierdza, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone w ramach przebudowy lub też dokument, który wskazuje jedynie na „wykonanie” bez bliższego sprecyzowania, tj. czy to była budowa, modernizacja itp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
2. wyboru oferty odwołującego z uwagi na to, że jest ona ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że dokumentem służącym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, natomiast referencje (lub jakkolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw) nie służą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1092/09, a nadto orzecznictwo i doktrynę, przyjmując, iż oświadczenie składane przez wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji i jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a dokumentem referencji zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie.

Odnosnie treści referencji odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją zawartą w w/w rozporządzeniu mają one potwierdzić jedynie jakość wykonywanych robót budowlanych, usług, dostaw.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1221/09.

Wskazał także, że w dokumentach referencji nie wymaga się potwierdzenia ilości i rodzaju usług, co należy do obowiązku wykonawcy, aby uczynił to w wykazie usług.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1500/09.

Powołując się nadto na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący podkreślił, że dokument referencji nie musi zawierać w sobie ściśle określonych sformułowań, czy wyrażań o pozytywnym zabarwieniu.

Zaznaczył, że postanowienia SIWZ w pkt. 8.2.2., jak i treść wezwania z dnia 20.09.2010 r. do uzupełnienia dokumentów wyraźnie mówią, iż „wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 7.2.2 ) IDW”.

Odwołujący stwierdził, iż niezrozumiałym jest argumentowanie przez zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania tym, że odwołujący nie spełnia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ podmiot wystawiający referencje wskazał, że prawidłowo wykonano i zakończono roboty polegające na przebudowie lub modernizacji

w sytuacji, gdy referencje potwierdzają należyte wykonanie robót a tożsamość robót wymienionych w wykazie oraz wymienionych w referencjach nie budzi wątpliwości.

Ponownie powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że oświadczenie wykonawcy stanowi jedyną dopuszczalną formę potwierdzania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (§ 1 ust. 2 pkt 2 powoływanego rozporządzenia), wobec czego nie mogą się ostać twierdzenia, iż jeżeli list referencyjny nie potwierdza zakresu wykonania zamówienia rekomendowanego w wykazie, należy przyjąć, że nie udokumentowano niezbędnego doświadczenia. Dodał, że podważanie doświadczenia jedynie w oparciu o okoliczność, że w treści referencji brak informacji, które odpowiadają treści warunku udziału w postępowaniu, nie może być skuteczne, ponieważ referencje nie służą do scharakteryzowania zamówienia, nie są też wystawiane na potrzeby konkretnego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym zamawiający nie zakwestionował informacji zawartych w oświadczeniu (Wykazie) oraz, że zamawiający winien przyjąć, iż dokonując oceny dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zobowiązany jest uwzględniać, iż odwołujący nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego, na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

Wskazał, że zamawiający czy inne podmioty wystawiające dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót często odwołują się do nomenklatury konkretnego zamówienia, która nie jest adekwatna do faktycznego zakresu zamówienia jak też do definicji ustawowych m.in. zamieszczonych w ustawie Prawo budowlane.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego opartej na definicjach wynikających z Prawa budowlanego odwołujący wskazał na jej nieadekwatność do przedmiotowego stanu faktycznego i wybiórczość oraz stwierdził, że wiedza i doświadczenie zawodowe nie wynika z definicji ustawowych a faktycznie wykonywanych robót.

Podał, że zamawiający pominął przekazane przez odwołującego informacje, że w ramach zadania, dla którego przyjęto określenie „przebudowa” została wykonana w miejscu, w którym nie było dotychczas sygnalizacji sygnalizacja świetlna o wartości ponad 280 tys. zł a w dwóch pozostałych miejscach (skrzyżowaniach) na miejscu całkowicie usuniętych sygnalizacji (na skutek przebudowy ulicy Krakowskiej) odwołujący wybudował od podstaw na nowych elementach dwie sygnalizacje świetlne o wartości ponad 280 tys. zł każda.

W ocenie odwołującego twierdzenia zamawiającego, że wykazana przez odwołującego robota jest przebudową a nie budową nie mogą się ostać w sytuacji, gdy faktycznie zostały wykonane w całości trzy nowe sygnalizacje świetlne. Nie można w takim przypadku - zdaniem odwołującego - mówić o przebudowie sygnalizacji skoro roboty nie

dotyczyły zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejących sygnalizacji lecz były związane z wybudowaniem trzech całkowicie nowych sygnalizacji świetlnych w zmienionym układzie drogowym związanym z przebudową ul. Krakowskiej.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w argumentacji całkowicie pomija kwestię dwóch pozostałych zadań w których w nazwie jest używane określenie „modernizacja”, a przy których występuje analogiczna sytuacja jak przy zadaniu związanym z przebudową ul. Krakowskiej, tj. w miejscu całkowicie usuniętych starych sygnalizacji wybudowano całkowicie nowe sygnalizacje świetlne.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie odwołujący, powołując się na poglądy przedstawicieli doktryny, wskazał, że zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, który to obowiązek aktualizuje się w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego pojawią się wątpliwości dotyczące złożonych oświadczeń i dokumentów, przy czym mogą to być wątpliwości dotyczące zawartych w nich treści, jak i formy.

Powołał się na wyroki o sygn. akt: KIO/UZP 141/08 oraz KIO/UZP 722/09.

Oświadczył, że gdyby zamawiający zastosował się do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący wyjaśniłby szczegółowo zakres i charakter robót wymienionych w wykazie „Doświadczenie”, a także przedłożyłby zaświadczenia odpowiednich podmiotów potwierdzające złożone wyjaśnienia o treści referencji, jakie uzyskał od tych podmiotów po otrzymaniu informacji o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Zaświadczenie te odwołujący załączył do odwołania.

Odnosnie naruszenia § 1 ust. 1 pkt 2 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 odwołujący wskazał, że z wymienionego przepisu rozporządzenia nie wynika, aby treść dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia była zgodna z informacją zamieszczoną w wykazie, jak też odpowiadała treści warunku udziału w postępowaniu - dokumenty stanowiące załącznik do wykazu mają potwierdzać jedynie wykonanie zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu przedłożył referencje potwierdzające należyte wykonanie zadań a tożsamość zadań wymienionych w wykazie i referencjach nie budzi wątpliwości, co oznacza, że żądanie zamawiającego, aby treść referencji (dokumentu) odpowiadała treści warunku udziału w postępowaniu narusza § 1 ust. 1 pkt 2 w/w rozporządzenia.

Odnosnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający nie wnikając w merytoryczną stronę treści dokumentów na gruncie czysto formalnym dokonał

rozstrzygnięcia w postaci uznania, że odwołujący nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia uprawniającego go do ubiegania się o zamówienie publiczne. Pozbawił tym samym odwołującego możliwości udzielenia odpowiedzi lub wyjaśnienia zarzutu braku spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdy tymczasem każdy wykonawca powinien mieć możliwość wypowiedzenia się w czasie badania i oceny ofert na zarzuty, które mogą być stawiane przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł kwestię braku kwestionowania przez zamawiającego dokumentów przedstawionych przez drugiego wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie z tych samych powodów co w przypadku odwołującego. Podał, że z przedstawionych przez tego wykonawcę referencji - w przypadku referencji wystawionej przez Rejon Dróg Miejskich w Tarnobrzegu - sytuacja była analogiczna jak przy zadaniu wykazywanym przez odwołującego a dotyczącego budowy sygnalizacji w ramach zadania związanego z przebudową ul. Krakowskiej. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie kwestionuje budowy sygnalizacji w ramach realizowanej przez RDM przebudowy skrzyżowania ulicy Sikorskiego z ulicami Kopernika i Wyspiańskiego, jak również drugiej z przedstawionych referencji, w której treści brak jest jakiegokolwiek wzmianki na podstawie, której można by wywnioskować, jaki rodzaj robót budowlanych wykonała firma.

W ocenie odwołującego wątpliwości może również budzić trzecia z referencji (prace związane z budową sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulicy Krakowskiej - Ofiar Katynia w Rzeszowie), z której nie wynika jednoznacznie, że firma Bross budowała sygnalizację tym bardziej, że w jej dalszej treści jest potwierdzenie dla wykonywania zadań związanych z poszczególnymi robotami składającymi się na budowę sygnalizacji, a nie dla całej budowy.

Powyższe, zdaniem odwołującego, wskazuje na nierówne traktowanie przez zamawiającego wykonawców - zamawiający wymaga od odwołującego, aby przedstawił referencje zgodne w treści z treścią warunku udziału w postępowaniu a w przypadku drugiego wykonawcy są akceptowane referencje o dość swobodnej i niejednoznacznej treści.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów odwołania doprowadziłoby do przywrócenia wykonawcy do udziału w postępowaniu i poddania jego oferty badaniu i ocenie, co ze względu na przewidziane przez zamawiającego kryterium oceny ofert (cena - 100 %) i fakt,

że oferta odwołującego zawiera najniższą cenę oznacza, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i związanego z jego realizacją zysku.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (SIWZ),
2. oferty odwołującego,
3. wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 września 2010 r.,
4. pisma odwołującego z dnia 22 września 2010 r. wraz załącznikami stanowiącymi odpowiedź na w/w wezwanie,
5. zawiadomienia zamawiającego z dnia 6 października 2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty,
6. odwołania z dnia 8 października 2010 r. wraz z załącznikami,

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezasadnego odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia w postaci wykazu robót i dokumentów do niego załączonych potwierdził się.

Izba ustaliła następujące, istotne dla rozpoznania zarzutu fakty i okoliczności:

Zgodnie z Rozdziałem 1 „Instrukcja dla wykonawców” pkt 7.2. ppkt 2 o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali /zakończyli/ na drogach klasy minimum G - 2 zadania polegające na budowie sygnalizacji świetlnej o wartości nie mniejszej niż 280 tys. zł brutto każde.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału 1 pkt 8 ppkt 8.2.2. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy musieli załączyć do oferty w szczególności wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania. Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.



Odwołujący na str. 16 oferty złożył żądany wykaz (Formularz 3.2. „Doświadczenie”), wskazując w nim w kolumnie „Wartość zadania wykonanego przez Wykonawcę PLN brutto” 3 pozycje:

1. „przebudowę (budowę) 3 szt. sygnalizacji świetlnych na zadaniu: Przebudowa ulicy Krakowskiej na odcinku długości 557 mb wraz z przebudową skrzyżowań Krakowska - Radosna - Główna, Krakowska - Warsztatowa - Zakładowa, Krakowska - Obiekt w Tarnowie w ramach inwestycji „Budowa Galerii Handlowej Tarnovia” przy ul. Krakowskiej w Tarnowie”,
2. „roboty budowlane polegające na modernizacji (budowie) sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic Krakowska - Czerwona - Koszycka w Tarnowie”,
3. „modernizacja (budowa) sygnalizacji świetlnych na skrzyżowaniach ulic Miasta Krakowa”.

Jednocześnie w kolumnie „Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2) IDW (klasa drogi)” tego wykazu odwołujący w trzech pozycjach wpisał:

1. Roboty w zakresie budowy sygnalizacji o wartości (...),
2. Roboty w zakresie budowy sygnalizacji o wartości (...),
3. Roboty w zakresie budowy sygnalizacji o wartości (...).

W referencjach odnoszącym się do poz. 1 wykazu (str. 18) Poldim S.A. potwierdził wykonanie przez odwołującego zadania: „Przebudowa ulicy Krakowskiej na odcinku długości 557 mb wraz z przebudową skrzyżowań Krakowska - Radosna - Główna, Krakowska - Warsztatowa - Zakładowa, Krakowska - Obiekt w Tarnowie w ramach inwestycji „Budowa Galerii Handlowej Tarnovia” przy ul. Krakowskiej w Tarnowie”, wskazując jednocześnie, że odwołujący wykonał przebudowę 3 szt. sygnalizacji świetlnych.

W referencjach odnoszącym się do poz. 2 wykazu (str. 19) Tarnowski Zarząd Dróg Miejskich potwierdził wykonanie przez odwołującego robót budowlanych polegających na modernizacji sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu uli Krakowska - Czerwona - Koszycka w Tarnowie.

W referencjach odnoszącym się do poz. 3 wykazu (str. 20) Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie potwierdził wykonanie przez odwołującego prac związanych z realizacją zadania „Modernizacja sygnalizacji świetlnych na skrzyżowaniach ulic Miasta Krakowa”.

Pismem z dnia 20 września 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń,

ponieważ z załączonego do oferty Formularza 3.2. „Doświadczenie” oraz referencji nie wynika spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawca przedstawił 3 zadania polegające na przebudowie lub modernizacji, a nie na budowie jak wynika z zapisów IDW.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedłożył nowy Formularz 3.2. „Doświadczenie” zawierający te same, nieco inaczej opisane, trzy pozycje. W kolumnie „Wartość zadania (...)” odwołujący zawarł jedynie informacje:

1. Wartość robót związanych z budową sygnalizacji 1 091 900,00 zł brutto,
2. 321 167,80 zł brutto,
3. 368 591,28 zł brutto.

W kolumnie „Informacje (...)” odwołujący w stosunku do treści uprzedniego Formularza 3.2. „Doświadczenie” pominął w opisie poz. 1 - wyraz: „przebudowa”, w przypadku poz. 2 zastąpił wyraz: „modernizacji” wyrazem „budowie”, zaś w przypadku poz. 3 pominął wyraz: „modernizacja”.

Załączył także te same, co uprzednio referencje, a nadto przedmiary odnoszące się do wskazanych robót.

Dodatkowo w piśmie przewodnim z dnia 22 września 2010 r. odwołujący wyjaśnił: „wszystkie roboty wykazane w formularzu „Doświadczenie” mimo nomenklatury zdającej się wskazywać na modernizację lub przebudowę były związane z całkowitym demontażem - usunięciem istniejących sygnalizacji (w przypadku sygnalizacji Krakowska - Obiekt na przebudowie ul. Krakowskiej dotychczas nie było sygnalizacji) i wybudowaniem od podstaw nowych sygnalizacji na nowych elementach co potwierdzają dołączone do formularza przedmiary”. Odwołujący w tym samym piśmie wyjaśnił także, że „tytuł nadany zadaniu przez zamawiającego lub inwestora nie determinuje jego przedmiotu, zakresu, liczy się to co faktycznie było wykonane”.

Pismem z dnia 6 października 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty wskazując w uzasadnieniu, że wykonawca pomimo podniesienia, iż zadania ujęte w Formularzu 3.2. polegały w rzeczywistości na budowie, nie przedstawił na ich potwierdzenie dokumentów potwierdzających, że zostały one wykonane należycie. Zamawiający dodatkowo wskazał, że podmiot wystawiający referencje potwierdził prawidłowe wykonanie i zakończenie robót polegających na przebudowie lub modernizacji.

Izba zważyła, co następuje:

Przepisy z zakresu zamówień publicznych przypisują odmienne znaczenie oświadczeniu wiedzy wykonawcy w postaci wykazu wykonanych uprzednio robót budowlanych oraz dokumentom podmiotów trzecich potwierdzającym, składanym w związku ze wskazywanymi robotami.

Orzecznictwo i doktryna jednolicie i konsekwentnie przyjmują, iż dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót służyć mają jedynie temu właśnie celowi: potwierdzeniu należytego wykonania robót, które zostały wskazane przez wykonawcę w wykazie robót budowlanych.

Z brzmienia § 1 ust. 1 pkt 2 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 wprost wynika, że to w wykazie należy zawrzeć opis robót, tj. ich rodzaj, wartość, daty i miejsca ich wykonania.

W konsekwencji w szczególności referencje mają jedynie potwierdzać, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Istotnym zatem jest po pierwsze to, aby uzyskać z treści referencji wiedzę o wykonaniu w sposób prawidłowy robót, po drugie istotne jest to, aby uzyskać pewność co do tożsamości wskazanych w wykazie robót z tymi, których prawidłowość zrealizowania jest potwierdzana w treści referencji.

Powyższe w przedmiotowym postępowaniu oznacza, że względu na treść wykazu odwołującego załączonego do oferty, że zamawiający uzyskał informacje o uprzednio wykonanych przez odwołującego robotach budowlanych, które mogły i powinny budzić jego wątpliwości. Wątpliwości te winna wywołać niezgodność w opisie zawartym w kolumnie „Wartość zadania (...)” oraz „Informacje potwierdzające (...)”, skoro wykonawca posługuje się każdorazowo opisem „budowa” / „roboty w zakresie budowy sygnalizacji”, a jednocześnie opisem „przebudowa” albo „modernizacja”.

W celu eliminacji tej wątpliwości zamawiający winien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie tej rozbieżności.

Dopiero ustalenie, jakie roboty wykazuje wykonawca pozwala ocenić, czy dokumenty składane na ich potwierdzenie są adekwatne.

Tymczasem zamawiający uznał, czemu dał wyraz w wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów wykazu i referencji, za przesądzone to, że odwołujący ujął w wykazie niewłaściwie z punktu widzenia warunku wiedzy i doświadczenia rodzaje robót budowlanych, tj. polegającej nie na budowie, ale na przebudowie albo modernizacji.

Izba podkreśla, że to nie referencje, ale wykaz wykonawcy wskazują roboty budowlane, jakie mają być poddane ocenie, zaś w przedmiotowej sprawie kwestia, jakie

roboty budowlane (polegające na budowie, przebudowie czy modernizacji) zostały ujęte była, ze względu na opisane powyżej rozbieżności, wątpliwa.

W ocenie Izby przedłożony przez odwołującego na wezwanie zamawiającego nowy wykaz robót nie pozostawiał już żadnych wątpliwości, że odwołujący ujął wyłącznie roboty budowlane polegające na budowie sygnalizacji świetlnych.

Referencje załączone do oferty, a powtórnie przedłożone w ramach uzupełnienia przez odwołującego mogłyby budzić wątpliwości zamawiającego co do tego, że potwierdzają wskazane przez odwołującego roboty, gdyby nie fakt, że odwołujący wyprzedzająco udzielił informacji odnośnie rozbieżności w zakresie nomenklatury, jaką posługiwali się wystawcy referencji.

Gdyby zamawiający powziął wątpliwości co prawdziwości wyjaśnień odwołującego powinien podjąć czynności zmierzające do ich wyjaśnienia.

W ocenie Izby złożony przez odwołującego w ramach uzupełnienia wykaz wraz z referencjami złożonymi z ofertą (i powtórnie w ramach uzupełnienia) oraz wyjaśnieniami odwołującego potwierdzały, że wykonawca wykonał 2 zadania polegające na budowie sygnalizacji świetlnej w sytuacji, gdy zamawiający nie podważył prawdziwości oświadczenia odwołującego, że nomenklatura, jaką posługują się wystawcy referencji jest związana jedynie z tytułami zadań w ramach których sygnalizacje były wykonywane.

Prawdziwość oświadczenia odwołującego złożonego na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzają referencje, które odwołujący przedłożył na etapie postępowania odwoławczego, w których wystawcy referencji tak opisali wykonane przez odwołującego roboty, że opis ten nie pozostawia już żadnych wątpliwości co do wykonania przez odwołującego budowy sygnalizacji świetlnych. Złożenie tych referencji czyni obecnie bezcelowym żądanie przez zamawiającego złożenia przez odwołującego wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, prawdziwość których potwierdzałyby te referencje. Bezcelowym jest także obecnie podejmowanie przez zamawiającego działań zmierzających do ustalenia prawdziwości wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniu 22 września 2010 r., poprzez uzyskanie stanowiska podmiotów - wystawców referencji.

Reasumując, Izba uznała, że w dniu złożenia nowego wykazu, którego treść bez wątplenia wskazywała na roboty polegające na budowie sygnalizacji świetlnych oraz złożenia referencji, których tożsamość z pozycjami wykazu wynikała z wyjaśnień odwołującego, których zgodności ze stanem faktycznym zamawiający ani nie sprawdzał, ani nie zakwestionował, odwołujący wykazał spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Wobec uznania, że odwołujący wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Izba za bezpodstawne uznała wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także odrzucenie jego oferty, dlatego też Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy.

Zarzut nierównego traktowania odwołującego wynikającego z tego, iż zamawiający nie zakwestionował dokumentów drugiego z wykonawców z tych samych powodów co w przypadku odwołującego Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Izba uznała, że brak jest w przypadku tego zarzutu legitymacji odwołującego do jego wniesienia, a w konsekwencji rozpoznania przez Izbę. Skoro bowiem odwołujący zaoferował najniższą cenę w postępowaniu, w którym cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie odwołujący odwołaniem objął zarzut niezasadnego wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, w tym zarzut zaniechania wyjaśnienia doświadczenia odwołującego to uznać należy, że kwestia prawidłowości działania zamawiającego wobec drugiego z wykonawców pozostawała i pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego i związanych z nim korzyści.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący**

.....