

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 16 kwietnia 2014 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z 18 marca 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gmina Podgórzyn, ulica Żołnierska 14, 58-562 Podgórzyn

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKD/PWKZ/421/26/14/PK, w przedmiocie *„Odbudowa muru oporowego i drogi w ul. Ogrodowej w Podgórzynie nad posesją nr 10”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Prowadzisz
Członkowie:	Beata Pakulska
	Małgorzata Rakowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Podgórzyn - realizowała w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbudowa muru oporowego i drogi w ul. Ogrodowej w Podgórzynie nad posesją nr 10” o wartości szacunkowej 218 443,08 zł (56 901,04 euro).

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny oraz stwierdził następujące naruszenia (UZP/DKD/PWKZ/421/26/14/PK):

Zamawiający wszczął w dniu 16 lutego 2011 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbudowę muru oporowego i drogi w ul. Ogrodowej w Podgórzynie nad posesją nr 10”. Zgodnie z pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) z pkt 13.2., o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się m.in. wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia, których potwierdzeniem miało być udokumentowanie wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie najmniej dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem, tzn. robót o wartości powyżej 200.000,00 zł każda, zawierających w swym zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych robót budowlanych, odpowiadających przedstawionym warunkom oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – według załącznika nr 4 do SIWZ.

Wykonawca Zakład Stolarski S.Sz., który został wykluczony z przedmiotowego postępowania, przedłożył następujący wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych:

1. w okresie 02.10.2007 – 30.11.2007 „Odbudowa Kładki dla Piesznych nad rzeką Kamienną w Szklarskiej Porębie łączącej ul. Jeleniogórską i ul. Objazdową” - w tym: odbudowa przyczółków, murów oporowych z kamienia granitowego oraz żelbetu (wartość robót – 250.000,00 zł brutto);
2. w okresie 28.11.2008 – 25.08.2009 „Odbudowa mostu drogowego nad potokiem Bieleń przy ul. Demokratów w Szklarskiej Porębie” – w tym: wykonanie żelbetowych ław fundamentowych, żelbetowych umocnień, odbudowę murów oporowych (wartość robót: - 118.364,44 zł brutto);

3. w okresie 23.04.2010 – 18.10.2010 „Przebudowa kładki dla pieszych na rzece Wrzosówka w rejonie ulic Karkonoska i Sądowa w Jeleniej Górze” – w tym: żelbetowe mury oporowe wzmacniające istniejące mury kamienne oraz żelbetowe mury na dojścia do kładki (wartość robót – 236.422,48 zł brutto);
4. w okresie 14.10.2010 – 14.12.2010 „Odbudowa dróg i mostów w Gminie Mysłakowice” – w tym: odbudowa murów porowatych, wykonanie żelbetowych opasek przynurtowych, żelbetowe umocnienia istniejących murów (wartość robót – 81.038,87 zł brutto)

Wykonawca załączył do oferty dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. zamówień.

Zamawiający dnia 7 marca 2011 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę Zakład Stolarski S.Sz. do uzupełnienia w terminie do dnia 11 marca 2011 r. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, bowiem w ocenie Zamawiającego dołączony do oferty wykaz nie zawierał dwóch robót o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem, natomiast zakres jednej z wykazanych robót nie zawierał budowy, bądź odbudowy murów oporowych, a jedynie przebudowę kładki dla pieszych na rzece Wrzosówka.

Wezwany Wykonawca pismem z dnia 8 marca 2011 r. dokonał uzupełnienia dokumentacji, w tym dostarczył referencje oraz uzupełnienie do referencji z dnia 8 marca 2011 r., zawierające szczegółowy zakres prac budowlanych, wykonanych na zadaniu pn. „Przebudowa Kładki na rzece Wrzosówka w Jeleniej Górze”; zawierające informację o budowie dwóch murów oporowych o wymiarach 3,6 m – długości, 1,75 m – wysokości wraz z fundamentem grubości ściany 0,20 m. Ponadto, przedstawił referencje i protokół odbioru końcowego robót, dotyczących odbudowy kładki dla pieszych na rzece Kamienna w Szklarskiej Porębie. Jednocześnie Wykonawca nadmienił, iż Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu nie określił wartości ani wymiarów muru jakim należy się wykazać, a jedynie zadaniami, które zawierały budowę lub odbudowę murów żelbetowych o wartości 200.000,00 zł.

Ostatecznie, Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia uznał, iż ww. roboty nie spełniają postawionego warunku. W konsekwencji w dniu 11 marca 2011 r. Zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Wykonawcę Zakład Stolarski S.Sz..

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika m.in. z orzecznictwa KIO (wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 863/10) nie jest uprawnione interpretowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób wykraczający poza ich literalne brzmienie i w konsekwencji prowadzące do ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie, tj. na niekorzyść wykonawców składających oferty w postępowaniu, jedynie przez odwołanie do racjonalności danego warunku w świetle zamawianego przedmiotu zamówienia lub intencji czy interesów zamawiającego z tym związanych. Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 20 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 807/10, stwierdzając iż warunek udziału w postępowaniu, od którego w dużej mierze zależy udział wykonawców w postępowaniu, powinien być formułowany w sposób ścisły i jednoznaczny, a jego interpretacja nie może zmierzać do nakładania na wykonawcę większych obowiązków, niż wynikają one z literalnego brzmienia postanowień dotyczących warunku. W związku z powyższym, z literalnego brzmienia warunku doświadczenia nie wynika, aby Zamawiający wymagał od Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonania żelbetowych murów oporowych o porównywalnej wielkości do muru oporowego, będącego przedmiotem zamówienia. Zamawiający, zgodnie z treścią warunku, wymagał od Wykonawców wykazania doświadczenia, polegającego na wykonaniu dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem, jednocześnie zaznaczył, że rozumie przez to co najmniej dwie roboty o wartości powyżej 200.000,00 zł każda, zawierające w swym zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych. A zatem, Zamawiający powinien był uznać za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wszystkie roboty o zakresie i charakterze porównywalnym do przedmiotu zamówienia, których wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł oraz które obejmowały bez względu na wymiary i wartość budowę lub odbudowę murów oporowych.

Mając na uwadze złożone przez Wykonawcę Zakład Stolarki S.Sz. wraz z ofertą dokumenty, należy wskazać, iż ww. Wykonawca wykazał spełnianie postawionego przez Zamawiającego warunku, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca przedstawił, w wykazie wykonanych robót, według załącznika nr 4 do SIWZ, dwie roboty budowlane, które wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, których wartość przekraczała wartość 200.000,00 zł każda oraz które zawierały w swym zakresie budowę bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych. Tym samym należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać brak potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia przez Wykonawcę Zakład Stolarki S.Sz..

Stosownie do przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, natomiast w myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W opisanym stanie faktycznym oraz prawnym wykluczenie więc ww. Wykonawcy nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze względu na fakt, iż oferta wykluczonego ww. Wykonawcy była najkorzystniejsza w świetle jedyne go kryterium oceny ofert, jakim była cena, ww. naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania.

Pismem z 18 marca 2014 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 24 marca 2014 roku – prezentata na piśmie; przesłanego również faksem w dniu 20 marca 2014 roku) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (dalej: „zastrzeżenia”).

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy, w ocenie Zamawiającego istniały obiektywne przesłanki wykluczenia wykonawcy Zakład Stolarski S.Sz. ul. Żołnierska 71, 58-562 Podgórzyn.

Wymieniony wcześniej wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy ponieważ nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. W związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wykonawcę do uzupełnienia następujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

- wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie najmniej dwóch robót o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem, tzn. robót o wartości powyżej 200 000,00 zł każda, zawierających w swoim zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W piśmie wzywającym wykonawcę do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazał, że dołączony do oferty wykaz nie zawiera dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z tym zamówieniem. Zakresem przedmiotowym odpowiadała jedna z

wykazanych robót, druga z robót wartościowo podobnych według oświadczenia wykonawcy obejmowała „przebudowę kładki dla pieszych na rzece Wrzosówka w rejonie ulic Karkonoska i Sądowa w Jeleniej Górze – w tym: żelbetowe mury oporowe wzmacniające istniejące mury kamienne oraz żelbetowe mury na dojsiach do kładki”. Złożony przez wykonawcę dokument potwierdzający należyte wykonanie tych robót – referencje udzielone przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jeleniej Górze z dnia 22 listopada 2010 roku określają wykonany zakres robót w sposób odmienny niż oświadczył wykonawca, bowiem stwierdzono w referencjach, że wykonano: „dokumentację projektową oraz kładkę o przęśle z 2 belek stalowych walcowanych IPE360 stężonych poprzecznkami IPE160 i wiatrownicami z kontowników równoramiennych 60x8mm. Nawierzchnię kładki z bali drewnianych gr 5 cm z drewna bongossi, balustrady z drewna bongossi wraz z robotami towarzyszącymi”. Brak w referencjach potwierdzenia budowy, bądź odbudowy murów oporowych żelbetowych, wykonanie których oświadczył wykonawca.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie dołączył dokument rozszerzający zakres robót towarzyszących przebudowie kładki dla pieszych o dwa mury oporowe żelbetowe o wymiarach: długość 3,6 m, wysokość 1,75 m wraz z fundamentem, grubość ściany 0,20m. Zamawiający uznał, że nie został spełniony warunek wykonania dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z zamówieniem. Wskazany przez wykonawcę fakt wykonania murów oporowych dotyczy jedynie znikomego fragmentu robót podstawowych jakim była przebudowa kładki dla pieszych.

Zamówienie polegające na odbudowie muru oporowego i drogi jest zamówieniem skomplikowanym wymagającym nabytych umiejętności i doświadczenia w zakresie realizacji podobnych zadań. Wykonawca Zakład Stolarski S.Sz. posiadał doświadczenie w budowie mostów i kładek o nawierzchni drewnianej, a opisane przez niego mury oporowe były fragmentem przyczółków i dojsć do kładki. Jednoznacznie, nawet w dostarczonym uzupełnieniu stanowiły jedynie roboty towarzyszące. Zamawiający odniósł się do definicji muru oporowego, który określa polska Norma PN—83/B-03010 oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 301 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735). W § 3 pkt 4 tego rozporządzenia wskazano, że konstrukcja oporowa to budowla do utrzymania w stanie stateczności uskoku naziomu gruntów rodzimych lub nasypowych. Roboty wskazane przez wykonawcę nie potwierdziły spełnienia warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wymogi dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia służą sprawdzeniu tego czy wykonawca posiada zdolność do wykonania zamówienia co potwierdza orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 12 lipca 2010 roku 1318/10). W doktrynie przyjmuje się, że określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez Zamawiającego w poszczególnych postępowaniach. Dlatego też Zamawiający postawił w SIWZ warunki w zakresie doświadczenia dotyczące wykonania dwóch robót o wartości powyżej 200 000,00 zł każda, zawierających w swym zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych, których wykonawca nie spełnił ani na etapie składania ofert ani w wyniku uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał, że trudno również uznać działanie jego polegające na dokładnej analizie oferty wykonawcy Zakład Stolarski S.Sz. za niezgodne z prawem czy też naruszające zasadę uczciwej konkurencji (powołał wyrok KIO z 11 lutego 2011 roku sygn. akt 173/11). Zamawiający podał, że ukształtowany warunek nie był wygórowany i nie stanowił naruszenia zasady uczciwej konkurencji o której mowa w art. 7 ustawy. Wskazał, że w doktrynie i orzecznictwie brak jest jednolitego stanowiska co do samego pojęcia proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia – wymóg proporcjonalności wymaganego doświadczenia do wielkości zamówienia należy jednak rozumieć w taki sposób, że wymagane doświadczenie nie może przekraczać wielkości zamówienia (powołał uchwałę KIO z 20 maja 2010 roku sygn. akt KIO/KU 34/10 oraz uchwałę z 5 lipca 2010 roku KIO/KD 46/10, wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 434/09). Zdaniem Zamawiającego miał on prawo do określenia poziomu, od którego uzna doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, zachowując właściwe proporcje do wielkości tego zamówienia, a art. 22 ust. 4 ustawy nie nakazuje określenia warunku mniejszego niż przedmiot zamówienia lecz proporcjonalnego.

Zamawiający odnosząc się do orzeczeń powołanych w opinii wskazał, że trudno uznać w świetle powołanego wyroku, że Zamawiający w swoim działaniu dokonał interpretacji warunku udziału w postępowaniu wykraczającej poza literalne brzmienie warunku. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia został sformułowany w sposób ścisły i jednoznaczny z tym, że wykonawca tego warunku nie spełnił, a Zamawiający nie nałożył na wykonawców wymagań większych niż to wynikało z literalnego brzmienia warunku – nie ma zastosowanie drugie z powołanych w opinii orzeczeń.

Zamawiający wskazał, że zadanie pod nazwą „Odbudowa muru oporowego i drogi w ul. Ogrodowej w Podgórzynie nad posesją nr 10”. Było przedmiotem kontroli kompleksowej gospodarki finansowej przeprowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową we Wrocławiu w okresie od 3 kwietnia 2012 roku do dnia 29 czerwca 2012 roku w Gminie Pogórzyn i Regionalna Izba Obrachunkowa nie stwierdziła żadnych nieprawidłowości lub uchybień przy udzieleniu zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 2 kwietnia 2014 roku (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/26(7)/14/PK) w odpowiedzi na pismo z dnia 18 marca 2014 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2014 r. (sygnatura pisma: UZP/DKD/PWKZ/421/26/14/PK), w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbudowa muru oporowego i drogi w ul. Ogrodowej w Podgórzynie nad posesją nr 10”, nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, dotyczących naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami).

W *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* stwierdzono naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu z udziału w postępowaniu Wykonawcy Zakład Stolarski S.Sz., który wykazał spełnianie postawionego przez Zamawiającego warunku, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

We wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w przedmiocie zaistnienia obiektywnej przesłanki wykluczenia Wykonawcy Zakład Stolarski S.Sz. z niniejszego postępowania. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, iż wymogi dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, jak również opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia służą sprawdzeniu tego, czy wykonawca posiada zdolności do wykonania zamówienia. Ponadto, Zamawiający zwrócił uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Jednocześnie, w ocenie Zamawiającego ograniczenie liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania, wskutek określonego ukształtowania

wymogów, jest uzasadnione dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Również zdaniem Zamawiającego, miał on prawo określić poziom, od którego uzna doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, zachowując właściwe proporcje do wielkości tego zamówienia.

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, iż nie ulega wątpliwości, że zamawiający działając w granicach art. 22 ust 1 ustawy Pzp, mogą definiować cechy wykonawców, jakie w ich ocenie są niezbędne do uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i daje gwarancję wiarygodności, jednakże wskazane w informacji o wynikach kontroli naruszenie nie dotyczy art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ujawnione w przebiegu kontroli naruszenie, polegało na niesłusznym wykluczeniu Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskutek błędnej interpretacji językowej opisu warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego. W tym miejscu należy wskazać na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej Izba) w powyższej materii. W wyroku z dnia 27 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2238/10) Izba orzekła, że z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy interpretowaniu dokumentów postępowania należy kierować się wyłącznie literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie oceny sposobu spełniania warunków przez wykonawców. Literalne brzmienie oznacza kierowanie się zwykłym znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składni języka polskiego. Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 951/10), stwierdzając iż wobec jednoznaczności zapisu ogłoszenia o zamówieniu, zbędne jest dokonywanie, innej niż literalna, jego wykładni. Również w wyroku z dnia 18 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1690/10) skład orzekający Izby orzekł, iż postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w postępowaniu. Nie jest właściwe stosowanie innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, w wyroku Izby z dnia 11 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 198/10) stwierdzono, że zamawiający musi dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, również w

zakresie warunków dodatkowych - punktowanych, zgodnie z deklaracją zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu, a przy dokonywaniu tej oceny istotna jest treść zawarta w tym ogłoszeniu, wskazana wykonawcom, a nie ewentualny, nie określony w tym ogłoszeniu zamiar zamawiającego. Natomiast zgodnie z orzeczeniem Izby z dnia 12 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 150/10) zamawiający nie może zakładać, że wykonawcy zapoznając się z treścią warunku udziału w postępowaniu, zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu będą mogli oprzeć się na czymś więcej niż literalnym brzmieniu tego warunku, w szczególności, nie może zakładać, że wykonawcy odgadną - i to w sposób identyczny - nie znajdujące odzwierciedlenia w brzmieniu warunku intencje zamawiającego. Zamawiający jest związany literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i nie może przypisywać mu znaczenia innego niż wynikające ze znaczenia użytych dla opisu tego warunku słów.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że Wykonawca Zakład Stolarski S.Sz. słusznie uznał, iż spełnił wymagane przez Zamawiającego warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyty przez Zamawiającego w opisie warunków zwrot „tzn.” uzasadnia pogląd, że Zamawiający za robotę budowlaną o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem uważał każdą, zrealizowaną robotę o wartości powyżej 200.000,00 zł, zawierającą w swym zakresie budowę bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych, bez względu na wymiary czy wartość tychże murów. Odnosząc się do przytoczonej w zastrzeżeniach definicji muru oporowego, należy podkreślić, iż Zamawiający w trakcie badania oferty oraz w uzasadnieniu wykluczenia Wykonawcy Zakład Stolarski S.Sz., nie podważył funkcjonalności wykonanych przez ww. Wykonawcę żelbetowych murów oporowych. Zamawiający uznał tylko, iż wskazany przez Wykonawcę fakt wykonania murków oporowych dotyczył jedynie znikomego fragmentu robót podstawowych, jakim była przebudowa kładki dla pieszych, a tym samym nie miał porównywalnego zakresu ani charakteru z zamówieniem.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający wskazał również, że niniejsze zamówienie było przedmiotem kontroli kompleksowej gospodarki finansowej przeprowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową we Wrocławiu w okresie od 3 kwietnia 2012 r. do dnia 29 czerwca 2012 r. w Gminie Podgórzyn. Regionalna Izba Obrachunkowa nie stwierdziła żadnych nieprawidłowości i uchybień przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia. Podkreślić należy, iż Regionalne Izby Obrachunkowe oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych są odrębnymi od siebie organami administracji państwowej. Kompetencje ww.

organów w zakresie kontroli procesu udzielania zamówień są od siebie niezależne, dlatego też wyniki przeprowadzonych kontroli nie muszą być ze sobą tożsame.

Zamawiający uznał również, iż pośrednim dowodem na potwierdzenie tezy, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dołożył należytej staranności w toku badania i oceny ofert, a wykluczony Wykonawca Zakład Stolarki S.Sz. bez wątpienia nie spełniał postawionego warunku udziału w postępowaniu, jest fakt, że Wykonawca nie wniósł odwołania do Izby. Wskazać należy, iż odwołanie w trybie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest uprawnieniem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem.

Odnosząc zatem powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał, aby w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły obiektywne przesłanki uzasadniające wykluczenie Wykonawcy Zakład Stolarki S.Sz. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Prezes UZP podtrzymał naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Na podstawie przedłożonej dokumentacji, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z przedstawionymi poniżej uwagami.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 ustawy stanowiącym, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia*

w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Między innymi weryfikacji takiej dokonuje Zamawiający na podstawie złożonych przez Wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których to ocena następuje w oparciu o ukształtowany i zamieszczony w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek, w postaci właściwej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani poprzez zliberalizowanie wymagań zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ani przez interpretowanie tych regulacji odmiennie niż wynika to z ich treści. Dopasowywanie przez Zamawiającego wymagań na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 293/09 , KIO/UZP 294/09). Takie działanie Zamawiającego narusza również niewyartykułowaną wprost, lecz wynikającą z ustawy i dającą się skonkretyzować na podstawie jej treści zasadę prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia) z wykonawcą wybranym zgodnie z ustawą. Cel zostanie osiągnięty, gdy zawarta umowa nie będzie podlegać unieważnieniu z uwagi na wypełnienie się przesłanek jej nieważności. Wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, upublicznionych w ogłoszeniu i SIWZ.

Ukształtowany przez Zamawiającego opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia brzmiał: *udokumentowanie wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli*

okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie najmniej dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem, tzn. robót o wartości powyżej 200 000, 00 zł każda, zawierających w swoim zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych; oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”

Nie można dopatrywać się w argumentacji Zamawiającego prawidłowości z uwagi na to, że wykonawca złożył dokumenty, które odpowiadały wymaganiom Zamawiającego. Nie sposób uznać za poprawne stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 11 marca 2011 roku zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze oferty”, w którym czytamy, że wykonawca S.Sz. - Zakład Stolarski S.Sz., został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp bowiem nie wykazał spełnienia warunku – *dołączony do oferty wykaz nie zawiera dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem. Zakres jednej z wykazanych robót nie zawiera budowy bądź odbudowy murów oporowych żelbetowych, a jedynie przebudowę kładki dla pieszych na rzece Wrzosówka. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie dołączył dokument rozszerzających zakres robót towarzyszących przebudowie kładki dla pieszych o dwa mury oporowe żelbetowe o wymiarach: długość 3,6 m, wysokość 1,75 m wraz z fundamentem, grubość ścian 0,20 m. Zamawiający uznał, że nie został spełniony warunek wykonania dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z niniejszym zamówieniem. Wskazany przez wykonawcę fakt wykonania murków oporowych dotyczy jedynie znikomego fragmentu robót podstawowych jakim była przebudowa kładki dla pieszych.”*

Należy wskazać, że Zamawiający dokonując badania oferty nie kwestionował w żaden sposób wykonania przez wykonawcę murów oporowych w trakcie realizacji zadania polegającego na przebudowie kładki dla pieszych na rzece Wrzosówce. Tym samym Zamawiający nie zakwestionował faktu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu a wręcz przeciwnie potwierdził, że wykonawca wykazał się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonaniem zadania, w zakres realizacji którego wchodziło wykonanie murów oporowych. Sam fakt posłużenia się przez Zamawiającego słowami „murków oporowych” nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że w dokumencie z 8 marca 2011 roku – uzupełnieniu do referencji z dnia 22 listopada 2010 roku Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jeleniej Górze podał: *Oświadczają, że na zadaniu pn. Przebudowa Kładki na rzece Wrzosówka w rejonie ulic Karkonoska i Sądowa w Jeleniej*

Górze zrealizowanego w terminie od 23.04.2010 r. do 18.10.2010 r. w ramach robót towarzyszących wykonano: - dwa mury oporowe żelbetowe o wymiarach: długość 3,60 m, wysokość 1,75 m wraz z fundamentem, grubość 0,20 m; - wykonanie przyczółków betonem B30 (...); - ławy podłożyskowe żelbetowe; (...)". Z treści tego dokumentu (uzupełnionego przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego), jak również ze złożonego w ofercie Wykazu wykonanych robót budowlanych wynika, że wykonawca wykonał w ramach realizowanego zadania mury oporowe żelbetowe. Należy mieć na uwadze, że z treści wymagań Zamawiającego, z opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikało, że w wykonawca ma wykazać się realizacją najmniej dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z zamówieniem, tzn. robót o wartości powyżej 200 000, 00 zł każda – Zamawiający jednoznacznie odniósł się do wartości kwotowej w tej części opisu a następnie wskazał, że wykazane roboty budowlane mają zawierać w swoim zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych – jednakże w tej części opisu nie wskazał żadnych szczegółowych wymagań. Wynika z tego, że w zakresie zadania miały znajdować się prace polegające na budowie bądź odbudowie murów oporowych jednakże nie zostało określone jaki miały stanowić zakres wykonanych prac, nie było określone, że ma to być główna część wykonanego zadania. Zamawiający jedynie wskazał, że miały być wykonane w realizacji zadania takie prace (tj. budowa bądź odbudowa murów oporowych). Należy wskazać, iż to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków a nie indywidualna interpretacja określa jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców (porównaj wyrok KIO z dnia 21 października 2013 roku sygn. akt KIO 2384/13).

Kwestionowana była przez Prezesa UZP ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Zakład Stolarski S.Sz., która również w ocenie Izby dokonana została w sposób nieprawidłowy, w oparciu o niewyartykułowane w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu postanowienie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co spowodowało naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy.