

**Sygn. akt: KIO/UZP 485/08**

**486/08**

**487/08**

**WYROK**  
**z dnia 5 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Ewa Marcjoniak**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27. 05.2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. „POLCOURT” S.A., ul. Gen. Zajęczka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa (sygn.akt KIO/UZP 485/08),**

**B. FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino (sygn.akt KIO/UZP 486/08),**

**C. FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino (sygn. akt 487/08)**

od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** protestów:

**A. „POLCOURT” S.A. z dnia 6 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 485/08),**

B. „POLCOURT” S.A. z dnia 6 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 486/08),

C. „MASTERS” Sp. z o.o. z dnia 6 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 487/08),

przy udziale „MASTERS” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin (sygn. akt KIO/UZP 485/08 i sygn. akt KIO/UZP 486/0) oraz „POLCOURT” S.A., ul. Gen. Zajęczka 11 lok.C7, 01-510 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 486/08) zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. 1) uwzględnia odwołanie „POLCOURT” S.A. i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2) oddala odwołania FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** i **FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A. koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) **z kwoty wpisu uiszczonego przez „POLCOURT” S.A.,**
- B. koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino,**
- C. koszty w wysokości 1354 zł 66 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez firmę **FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4954 zł 67 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty .....zł ... gr (słownie:.....) przez ..... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy ) na rzecz **„POLCOURT” S.A., ul. Gen. Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa** oraz 37 290 zł 67 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt złotych sześćdziesiąt siedem groszy), na rzecz **FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino** - z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych.

### **U z a s a d n i e n i e**

Odwołania rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą zostały wniesione przez **Odwołujących – A. „POLCOURT” S.A. (jedno odwołanie sygn. akt UZP/KIO 485/08) wniesione od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez tego Odwołującego oraz B. i C. FIRMĘ „KASZUB” Dariusz Kaszuba (dwa odwołania sygn. akt UZP/KIO 486/08 i 487/08): jedno od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez „POLCOURT” S.A., a drugie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez „MASTER” Sp. z o.o., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane: „Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji – Boisko treningowe z zapleczem sportowym przy ul. Boya Żeleńskiego II etap – boisko sportowe”.**

**Zamawiający – Miasto Katowice zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w BZP – 2008 r., Biuletyn 1, pozycja 32191 z dnia 15.02.2008 r.**

**W postępowaniu złożono 3 oferty, których kolejność pod względem ceny kształtowała się następująco: FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba, „POLCOURT”S.A., „MASTERS” Sp. z o.o..**

„POLCOURT” S.A. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp - pismo z dnia 29 kwietnia 2008 r. IN.I.RF/3410/Z-125/08, „Zawiadomienie o wyborze oferty”, w którym Zamawiający podał uzasadnienie: ”nie złożyli /.../ dokumentów potwierdzających spełnienie /.../warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy /.../”-„Komisja po zapoznaniu się z opinią prawną w sprawie posługiwania się przez firmę POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie doświadczeniem i referencjami firmy F.W. POLCOURT Marek Piotrowicz z siedzibą w Gostyninie , stwierdziła, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia”.

Jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba. Drugą w kolejności punktacji była oferta firmy „MASTERS” Sp. z o.o. (pismo Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2008 r., wskazane wyżej, doręczone wykonawcom w tym samym dniu).

Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia z postępowania, „POLCOURT” S.A. wniósł w dniu 6 maja 2008 r. protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655), poprzez niesłuszne wykluczenie wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz zaniechanie wykluczenie z postępowania FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba i odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wywodził, że w dniu 26 października 2007 r. doszło do sprzedaży przedsiębiorstwa Marka Piotrowicza ”POLCOURT” F.W. (przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą na podstawie wpisów do ewidencji działalności gospodarczej) na rzecz ”POLCOURT” S.A., zgodnie z art. 55<sup>2</sup> k.c.. Zdaniem Odwołującego, nabywca „POLCOURT” S.A., nabył wartości niematerialne w postaci niezbędnej wiedzy i doświadczenia (referencje ) oraz w zakresie potencjału technicznego i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i mógł je wykorzystać jako wykonawca uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu.

Natomiast w wybranej ofercie wykonawca - „KASZUB” Dariusz Kaszuba zaoferował nawierzchnię boiska typu MONDOTURF AS 70 11 NSF, zaś w uzupełnieniu dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, dołączył dokumenty potwierdzające przydatność nawierzchni typu SALTEX. Jest to zmiana oferty. Ponadto uzupełniona karta techniczna trawy (SALTEX) nie jest zgodna z rekomendacją techniczną ITB w zakresie gęstości pęczków (w karcie technicznej podano 8400, w rekomendacji 8200), gęstości włókien (w karcie technicznej podano 16400 /m<sup>2</sup>, w rekomendacji ITB 16800 /m<sup>2</sup>) i ciężaru całkowitego nawierzchni (w karcie technicznej podano 2400 gr/m<sup>2</sup>, w rekomendacji 2,68 kg/m<sup>2</sup>).

Odwołujący wniósł o: wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty, przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania, powtórzenie czynności badania i

oceny ofert, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w przypadku udokumentowania wady prawnej, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp.

Drugi protest wniósł także w dniu 6 maja 2008 r. wykonawca „MASTERS” Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez wybranie oferty FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba, która nie spełnia wymagań SIWZ (załącznik nr 10). Brak w zakresie parametrów trawy piłkarskiej został, w ocenie protestującego, niewłaściwie uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Protestujący podał, że wykonawca nie załączył do oferty dokumentu, który by potwierdzał przydatność zaoferowanej nawierzchni trawy syntetycznej, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 3 marca 2008 r.(doprecyzowanie treści SIWZ). Stanowi to podstawę odrzucenia oferty.

Protestujący wniósł o: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie tej oferty, powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez uznanie, że jest nią oferta protestującego.

Protestujący podniósł takie zarzuty jak w proteście wyżej omówionym, a mianowicie w zakresie gęstości pęczków, gęstości włókien, minimalnego ciężaru całkowitego nawierzchni, minimalnej wysokości całkowitej nawierzchni, struktury i składu chemicznego włókna. Również protestujący wskazał, że poprzez uzupełnianie dokumentów wykonawca dokonał zmiany treści oferty, składając karty techniczne trawy SALTEX, które nie są zgodne z rekomendacją techniczną ITB.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- A. Do protestu wniesionego przez „POLCOURT” S.A. – „MASTERS” Sp. z o.o. oraz „KASZUB” Dariusz Kaszuba,
- B. Do protestu wniesionego przez „MASTERS,, Sp. z o.o. – „KASZUB” Dariusz Kaszuba.

Zamawiający rozstrzygnął protesty (pismo z dnia 14 maja 2008 r., doręczone w tym dniu wykonawcom) w następujący sposób:

- A. Oddalił protest „POLCOURT” S.A. w części dotyczącej wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty twierdząc, że wykonawca nie załączył do swojej oferty dokumentów potwierdzających, że posiada doświadczenie w wykonywaniu robót stanowiących przedmiot postępowania.

Uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących oferty „KASZUB” Dariusz Kaszuba uznając, że wykonawca składając nowe dokumenty w trybie art. 26 ust.3 Pzp potwierdził, że użyje zamiast trawy MONDOTURF AS 70 11 NFS, trawę firmy SALTEX. Zatem treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta podlega

odrzuconiu na podstawie art. 89 ust.1 Pzp. Zamawiający podał, że w terminie późniejszym dokona powtórnej oceny ofert.

- B. Uwzględnił protest firmy „MASTERS” Sp. z o.o. dotyczący zarzutów w zakresie wybranej oferty FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba w całości i podał, że w terminie późniejszym dokona powtórnej oceny ofert.

Od rozstrzygnięcia protestu wnieśli odwołania:

- A. „POLCOURT” S.A. w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 7 ust. 3 i art. 91 ust.1 Pzp przez niesłuszne wykluczenie, wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, wybór oferty o nie najkorzystniejszym kryterium oceny ofert. W uzasadnieniu odwołania wykonawca zawarł wyłącznie zarzuty dotyczące niewłaściwego wykluczenia z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, podnosząc w ślad za protestem, że kupując firmę Marka Piotrowicza „POLCOURT” F.W. nabył również prawo korzystania z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego zbywcy.

Wniósł o:

- 1) przywrócenie jego oferty do postępowania,
  - 2) powtórzenie czynności oceny ofert,
  - 3) dokonanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej (sygn.akt KIO/UZP 485).
- B. FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba w zakresie uwzględnienia protestu „POLCOURT” S.A. w części dotyczącej niezgodności treści oferty tego Odwołującego z treścią SIWZ (sygn. akt KIO/UZP 486).
- C. FIRMA „KASZUB” Dariusz Kaszuba w zakresie uwzględnienia protestu w całości wniesionego przez „MASTERS” Sp. z o.o. dotyczącego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący „KASZUB” Dariusz Kaszuba w obu odwołaniach wskazał na naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 26 ust. 3 Pzp uzasadniając, że jego oferta odpowiada treści SIWZ.

Wniósł o:

- 1) odrzucenie protestów,
- 2) utrzymanie decyzji uznającej, iż jego oferta nie podlega odrzuceniu,
- 3) utrzymanie decyzji wyboru oferty jego firmy jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy - „MASTERS” Sp. z o.o. i „POLCOURT” S.A. - po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy, w tym postępowania dowodowego z oryginalnej dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego, zwłaszcza ofert wykonawców, procedury uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dowodów złożonych podczas rozprawy i wysłuchaniu wyjaśnień stron – Odwołujących, Zamawiającego i Przystępujących do postępowań odwoławczych, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie sygn. akt KIO/UZP 485/08.

W SIWZ w Części III – Warunki oraz dokumenty wymagane od wykonawcy, pkt 12.2. lit.(b), (c) Zamawiający zawarł postanowienie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust.1 Pzp, a także posiadają doświadczenie oraz wykażą, że zrealizowali samodzielnie... dwa zadania w okresie ostatnich 5 lat; zaprojektowali jedno zadanie w okresie ostatnich 3 lat; przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym / usługom stanowiącym przedmiot zamówienia; o wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000 zł. każde (roboty budowlane). Przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia (roboty budowlane) rozumie się wykonanie boiska piłkarskiego z nawierzchnią ze sztucznej trawy, trzeciej generacji (tj. z zasypką z piasku kwarcowego i granulatu gumowego) wraz z pracami ziemnymi, drenażem i podbudową. Przez usługi porównywalne z przedmiotem zamówienia rozumie się zaprojektowanie boiska do piłki nożnej o nawierzchni ze sztucznej trawy , trzeciej generacji (z zasypką piaskowo – gumową).

Na potwierdzenia spełniania warunków Zamawiający żądał w pkt 13. 2. lit. f), h) wykazu wykonanych usług projektowych z okresu ostatnich trzech lat i robót budowlanych z okresu ostatnich pięciu lat, przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom / robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających , że te usługi / roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W ofercie „POLCOURT” S.A. zamieszczono na str. 021 wykaz wykonanych usług, na str. 022 – 024 wykaz wykonanych robót budowlanych. W jednym i w drugim przypadku, jako wykonawcę wskazano „POLCOURT” S.A. Podane terminy wykonania usług i robót budowlanych potwierdzają, że są to okresy sprzed nabycia przedsiębiorstwa Marka Piotrowicza, a także sprzed daty zawązania Spółki Akcyjnej. Referencje zamieszczone na str.025 – 037 oferty, wszystkie wskazują wykonanie usług i robót budowlanych przez firmę POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz i wystawione zostały w okresie 24.01.2008 r.-

17.11.2005 r., potwierdzając wykonanie usług i robót przed sprzedażą przedsiębiorstwa Marka Piotrowicza.

Zamawiający badając oferty pod kątem spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu wykonawców, wystąpił pismem z dnia 3.04.2008 r. IN.I.R.F. 3410 /84 08 do Odwołującego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, o dostarczenie aktu nabycia przedsiębiorstwa F.W. Polcourt Marek Piotrowicz z siedzibą w Gostyninie, wyznaczając termin do dnia 7.04.2008 r. do godz.9.00. Pismem z dnia 4.04.2008 r. przewodniczący komisji przetargowej przedłożył Biuru Zamówień Publicznych przesłany przez Firmę „POLCOURT” S.A. Warszawa akt notarialny (Rep A nr 5107 / 2007), w celu umożliwienia wydania opinii prawnej. W związku z opinią prawną z dnia 7.04.2008 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wskazując, że przedłożone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót wystawione zostały dla podmiotu F.W. POLCOURT Marek Piotrowicz z siedzibą w Gostyninie, pismem z dnia 15.04.2008 r. zwrócił się „o uzupełnienie złożonej oferty o dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia przez POLCOURT S.A. w Warszawie,” wyznaczając termin : 21.04.2008 r.

Pismem z dnia 18.04.2008 r. Odwołujący potwierdził nabycie referencji poprzez zakup przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c. Po dokonaniu wewnętrznych konsultacji prawnych Zamawiający pismem z dnia 29. 04 2008 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu „brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia”.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonane ustalenia, wskazana wyżej korespondencja, jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania nie zakwestionował wykazu usług i robót budowlanych przedstawionych przez Odwołującego – str.021 – 024 oferty pomimo, że posiadane dowody świadczyły, że te usługi i roboty nie zostały wykonane przez Odwołującego, co wynika nawet z daty pierwszej rejestracji Spółki – 2.10.2007 r. (odpis KRS 0000289547). Należy więc sądzić, co przesądza o istocie tego sporu, że Zamawiający przyjmując wykaz, jako zgodny z SIWZ, uznał przedstawione doświadczenie za wystarczające. Zakwestionował wyłącznie brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót, i to robót nie podanych w wykazie zawartym w ofercie, a objętych przedmiotem zamówienia.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w przedmiocie posługiwania się referencjami, wskazując nabycie prawa do posługiwania się referencjami, uzyskanymi przez zbywcę – Marka Piotrowicza – przedsiębiorcę. Brak



akceptacji referencji przez Zamawiającego wyływa wyłącznie z ustaleń przyjętych w opinii prawnej (radca prawny Zamawiającego), których dokonano wychodząc z założenia, że skoro Marek Piotrowicz prowadzi nadal działalności gospodarczą i składa oferty w innych postępowaniach (listopad-grudzień 2007r.), nie nastąpiło zbycie przedsiębiorstwa w takim zakresie, by możliwe było przejęcie od zbywcy prawa do korzystania z referencji.

Z zebranych dowodów, w szczególności z umowy sprzedaży z dnia 2 października 2007 r. wynika, że Marek Piotrowicz – przedsiębiorca zbył na rzecz „POLCOURT” S.A. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c.. Przykładowy zakres składników przedsiębiorstwa wyszczególniony został w tym przepisie. Przepis art. 55<sup>2</sup> k.c. stanowi, że o ile dochodzi do zbycia przedsiębiorstwa, obejmuje ono całość tego przedsiębiorstwa. Ewentualne wyłączenia powinny wynikać z czynności prawnej albo przepisów szczególnych.

Na potwierdzenie spełniania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie wykonania usług projektowych i robót budowlanych, Zamawiający żądał zamieszczenia w ofercie wykazu i załączenia do wykazu potwierdzenia należytego wykonania usług i robót (referencji). Z pisma Zamawiającego będącego zawiadomieniem o rozstrzygnięciu postępowania (z dnia 29 kwietnia 2008r.) wynika, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania zakwestionował załączone referencje, które ściśle przedmiotowo powiązane były z wykazem, zarówno w zakresie przedmiotu wykonanych usług i robót budowlanych, jak i okresów ich realizacji oraz cen wynikających z wykonanych umów. Jediną różnicą było to, że w wykazie usług i robót budowlanych jako wykonawcę wskazano „POLCOURT” S.A., natomiast w referencjach jako wykonawcę wskazano Marka Piotrowicza F.W. POLCOURT.

Wobec powyższego należy przyjąć, że Zamawiający badając ofertę albo nie analizował zakresu usług i robót wynikających z wykazu i nie porównywał ich z referencjami, poprzestając wyłącznie na stwierdzeniu, że referencje wskazują nazwę innego podmiotu niż podmiot składający ofertę, albo uznał usługi projektowe i roboty budowlane podane w wykazie, jako wystarczające potwierdzenie żadanego doświadczenia. Uznanie jednego z elementów za wystarczający do potwierdzenia doświadczenia (wykaz), a drugiego elementu (referencje) jako niewystarczający do potwierdzenia doświadczenia (wykaz), świadczy o wybiórczym traktowaniu treści oferty podczas jej badania, bądź niekonsekwencji w czynnościach Zamawiającego.

Zamawiający na rozprawie podniósł, że kwestionuje prawo posługiwania się referencjami Marka Piotrowicza, jako zbywcy przedsiębiorstwa przez Odwołującego „POLCOURT” S.A. z powodu korzystania z tych referencji przez zbywcę. Jednak, zarówno Zamawiający jak i Przystępujący do postępowania odwoławczego „MASTERS” Sp. z o.o., nie podważyli

samego faktu sprzedaży przedsiębiorstwa (nie zakwestionowano prawidłowości bądź ważności zawartej w dniu 2 października 2007r. umowy sprzedaży), jak również zakresu stanowiącego treść pojęcia przedsiębiorstwa. Przystępujący, mając na uwadze posługiwanie się przez zbywcę nadal referencjami, wskazywał na regulację wynikającą z art. 65 § 2 k.c., zgodnie z którą należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Nie wykazano, by intencją stron zawierających umowę było pozostawienie pewnych uprawnień po stronie zbywcy. Odwołujący oświadczył, że celem zakupu przedsiębiorstwa było przede wszystkim, zważywszy na istotę doświadczenia zawodowego w ubieganiu się o uzyskanie zamówień publicznych, nabycie właśnie doświadczenia. Zważywszy na powyższe, należy stwierdzić, że brak jest podstaw do przyjęcia, że nabywca przedsiębiorstwa legitymując się legalną podstawą nabycia przedsiębiorstwa, powinien ponosić konsekwencje bądź negatywne skutki tego nabycia, w przypadku gdyby chodziło o kolizję interesów stron zawieranej umowy.

W ocenie KIO, podnieść również należy, że Odwołujący składając ofertę w której wskazuje, iż podane w wykazie usługi projektowe i roboty budowlane zostały przez niego wykonane i załącza referencje potwierdzające wykonanie tych robót, wystawione na inny podmiot, miał obowiązek, dochowując należytej staranności, wyjaśnić tę sprawę i odpowiednio uzasadnić (załączyć dowody potwierdzające prawo do korzystania z nabytych referencji).

Zamawiający z kolei, dokonując tak ważkiej czynności, jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, miał obowiązek, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwać wykonawcę do złożenia właściwych dokumentów, a także do złożenia odpowiednich wyjaśnień dotyczących dokumentów lub oświadczeń. Etap uzupełniania dokumentów bądź składania wyjaśnień powinien być tak przeprowadzony, by stanowił pełną podstawę faktyczną do podjęcia właściwej decyzji przez Zamawiającego.

Stwierdzenie dokonane przez Zamawiającego, że w ofercie Odwołującego brak jest „dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia” nie odpowiada faktom, bowiem w ofercie Odwołującego znajdują się dokumenty potwierdzające wykonanie usług i robót przez Marka Piotrowicza – przedsiębiorcę, który wykonał usługi i roboty wskazane w wykazie. Zamawiający mając wątpliwości, czy usługi projektowe i roboty budowlane oraz potwierdzające je referencje, mogą być wykorzystywane przez składającego ofertę „POLCOURT” S.A., powinien był przeprowadzić odpowiednią analizę w zakresie przejęcia doświadczenia zbywcy przedsiębiorstwa (dokumenty stanowiące podstawę sprzedaży, ewentualne analizy ekonomiczne dotyczące sprzedaży).

Z powyższych względów, KIO uznała odwołanie za uzasadnione i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołania – sygn. akt KIO/UZP 486/08 i 487/08.

Zamawiający w SIWZ jednoznacznie określił wymagane parametry techniczne trawy piłkarskiej, jakim musi odpowiadać nawierzchnia z trawy syntetycznej projektowanego boiska (załącznik nr 10). W odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ, Zamawiający nie zmienił wymogów technicznych.

W ofercie FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba wykonawca zaproponował nawierzchnię producenta włoskiego MONDO. Podana nawierzchnia nie odpowiadała pod względem parametrów technicznych SIWZ, w zakresie gęstości pęczków i włókien (pismo Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2008 r. ZP/33/IN/08).

Fakt ten przyznał na rozprawie Odwołujący. Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających, iż oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył dokumenty dotyczące całkowicie innej nawierzchni, a mianowicie nawierzchni producenta włoskiego SALTEX. Podczas rozprawy Odwołujący przyznał, że jest to inny produkt niż zaoferowany w ofercie.

Uczestnicy postępowania podnosili w czasie rozprawy, iż produkt firmy SALTEX nie odpowiada parametrom technicznym określonym w SIWZ w zakresie gęstości i ilości pęczków oraz zgodności karty technicznej z rekomendacją ITB.

W ocenie KIO fakt ten nie miał istotnego znaczenia, gdyż przeprowadzone postępowanie dowodowe, w tym przyznanie faktów przez Odwołującego, potwierdziło, że w wyniku uzupełnienia dokumentów doszło do zmiany treści oferty. Zamawiający przyznał, że uzupełnianie dokumentów było błędem z jego strony, gdyż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie faktycznym, KIO uznała, że uwzględnienie protestów przez Zamawiającego w przedmiocie zarzutów dotyczących oferty FIRMY „KASZUB” Dariusz Kaszuba, było zasadne, zatem odwołania podlegają oddaleniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp KIO orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego – „POLCOURT” S.A. w kwocie 3600,00 zł, wynikającego z rachunku przedłożonego do akt sprawy - § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....