

Sygn. akt: KIO/UZP 630/08

**WYROK**  
**z dnia 8 lipca 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie<sup>\*</sup> w dniu / w dniach<sup>\*</sup> 8 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew BEATA Henryk Chojnacki, 58-310 Szczawno-Zdrój, ul. Chopina 3 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe INSTALATOR Bogusław Czekaj, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Sportowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 40-005 Katowice, Aleja Korfantego 35** protestu / protestów<sup>\*</sup> z dnia 11 czerwca 2008r.

przy udziale **Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Spółka Jawna, 01-227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert**

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 40-005 Katowice, Aleja Korfantego 35**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew BEATA Henryk Chojnacki, 58-310 Szczawno-Zdrój, ul. Chopina 3 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe INSTALATOR Bogusław Czekaj, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Sportowa 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 40-005 Katowice, Aleja Korfantego 35** na rzecz **Konsorcjum firm: Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew BEATA Henryk Chojnacki, 58-310 Szczawno-Zdrój, ul. Chopina 3 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe INSTALATOR Bogusław Czekaj, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Sportowa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew BEATA Henryk Chojnacki, 58-310 Szczawno-Zdrój, ul. Chopina 3 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe INSTALATOR Bogusław Czekaj, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, ul. Sportowa 1.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Wymianę płyty głównej boiska stadionu oraz boisk treningowych na Stadionie Miejskim przy ul. Bukowej 1 w Katowicach", w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 18.04.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 78596, Odwołujący

(konsorcjum Zakładu Pielęgnacji i Chirurgii Drzew BEATA oraz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego INSTALATOR) w dniu 04.06.2008r. otrzymał od Zamawiającego informację o wykluczeniu go z udziału w tym postępowaniu, odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy spółka jawna.

W proteście z dnia 11.06.2008r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3, art. 187 ust. 4 pkt 7 w związku z art. 87 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny ofert, przy ewentualnym zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zawarty w proteście zarzut niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z tego powodu, iż jeden z członków konsorcjum nie wykonał w 2007 roku umowy zawartej z Dyrekcją Rozbudowy Miasta Gdańska na zadanie: „Modernizacja stadionu piłkarskiego Lechia, ul. Traugutta – zadanie III” nie został podtrzymany w odwołaniu, z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu protestu odnośnie braku doświadczenia w realizacji prac – braku właściwych referencji, Odwołujący przywołał brzmienie warunku, jaki Zamawiający zawarł w Części III pkt 12 ppkt 2 lit. b i c SIWZ, tj. że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

1. Posiadają doświadczenie oraz wykażą, że zrealizowali samodzielnie lub wspólnie w rozumieniu art. 23 ustawy dwa zadania w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swym rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia rozumie się wykonanie boiska o nawierzchni z trawy naturalnej z systemem podgrzewania płyty boiska – o wartości nie mniejszej niż 1,5 mln zł,
2. zaprojektowali jedno zadanie w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym

okresie, odpowiadające swym rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia rozumie się zaprojektowanie boiska do piłki nożnej o nawierzchni z trawy naturalnej z systemem podgrzewania boiska.

Podał także, że dołączył do swojej oferty dwie referencje:

1. dokumentującą realizację roboty budowlanej o wartości wymaganej przez Zamawiającego (1,5 mln zł),
2. wskazującą, iż członek konsorcjum – INSTALATOR zrealizował w ramach konsorcjum z inną firmą zadanie „Wykonanie modernizacji płyty głównej na stadionie Miejskim przy ul. Karłowicza w Szczecinie wraz z projektem budowlanym” o wartości prac 2 910 784 zł.

Podniósł, że fakt realizacji zadania z inną firmą jest bez znaczenia, ponieważ INSTALATOR w ramach tego zadania realizował zarówno prace budowlane, jak i projekt budowlany, czego potwierdzeniem jest stwierdzenie Zamawiającego – Prezydenta Miasta Szczecina, że prace zostały wykonane z należytą starannością, profesjonalnie i terminowo przez tego właśnie wykonawcę.

Przywołał wyrok Zespołu Arbitrów, o sygnaturze akt UZP/ZO/0-2428/06, w którym zawarto tezę: „referencje, z których explicite wynika, że konsorcjant zrealizował określony zakres prac, bez wątplenia potwierdzają uzyskane w tym zakresie doświadczenie. Dla oceny posiadania wymaganego doświadczenia istotnym jest bowiem wykonanie odpowiednich prac, a nie kto był stroną umowy z Zamawiającym”.

Zaznaczył, że referencja jako taka ma za zadanie potwierdzać fakt realizacji zadania z należytą starannością, a referencje przez Odwołującego złożone właśnie to potwierdzają.

Podniósł także, że rozdzielanie poszczególnych prac pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum (będących jednym wykonawcą), realizowanych w ramach jednego zadania, nie znajduje podstaw prawnych, a członek realizujący zadanie uzyskuje doświadczenie w wykonaniu całości prac objętych zleceniem. Członek konsorcjum ponosi również solidarną solidarność za funkcjonowanie całości zadania zgodnie z treścią art. 141 ustawy Pzp.

Odnosnie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Zamawiający nie uzyskał stosownej odpowiedzi na pismo skierowane do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące tego, w jakiej technologii będzie wykonana wzmocniona modyfikowana warstwa wegetacyjna, Odwołujący podniósł, że odrzucenie to jest sprzeczne z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp (w odwołaniu poprawiono na art. 187 ust. 4 pkt 6), ponieważ zarzut dotyczy kwestii już rozstrzygniętej przez Zamawiającego w sposób pozytywny dla Odwołującego (Zamawiający pismem z dnia

27.05.2008r. uwzględnił wszystkie zarzuty wniesione przez Odwołującego w proteście z dnia 20.05.2008r., w tym dotyczący sprzecznego z prawem wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień). Ewentualny brak udzielenia odpowiedzi nie znajduje odzwierciedlenia w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 16.06.2008r., które doręczono Odwołującemu w tym samym dniu *faxem*, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie w zakresie zarzutu braku doświadczenia (wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) i w zakresie zarzutu braku odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego skierowane do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że z przedłożonego przez Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew BEATA Henryk Chojnacki zaświadczenia z dnia 07.02.2008r. o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej oraz z przedłożonego przez Bogusława Czekaja – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INSTALATOR” zaświadczenia o wpisie o ewidencji działalności gospodarczej z dnia 23.11.2004r., zaktualizowanego na dzień 12.05.2008r. nie wynika, aby byli oni uprawnieni do wykonywania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że nie uwzględnił w ogóle referencji z dnia 28.12.2006r. Miejsko – Gminnego Ośrodka Kultury i Sportu Zdzeszowice, ponieważ wartość prac wykonanych w ramach realizowanego zadania wynosiła 1 230 871,47 zł, a więc poniżej żądanego 1,5 mln zł, a nadto ponieważ wykonawca zrealizował zadanie odpowiadające tylko częściowo swoim rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia (brak elementu nawierzchni wzmocnionej modyfikowaną warstwą wegetacyjną oraz elementu systemu podgrzewania płyty boiska).

Podniósł także, odnośnie referencji z dnia 09.05.2008r., podpisanej przez Prezydenta Miasta Szczecin, że nie wynika z nich, czy wykonawca INSTALATOR wykonał usługę w zakresie zaprojektowania boiska, czy tylko zaprojektował system podgrzewania płyty boiska. Według wiedzy Zamawiającego, opartej na oświadczeniu wykonawcy Zielona Architektura, INSTALATOR wykonał jedynie projekt budowlany w zakresie ogrzewania murawy, pozostałe projekty wykonała Zielona Architektura. Zamawiający nie uznał zatem tej referencji. Dodał także, że INSTALATOR nie ma uprawnień do samodzielnego projektowania instalacji systemu podgrzewania płyty boiska.

Odnośnie referencji z dnia 06.09.2007r., podpisanej przez Dyrektora ds. Rozwoju i przygotowania Produkcji KGHM Polska Miedź, Zamawiający wyjaśnił, że INSTALATOR był

wykonawcą robót: „Remont modernizacyjny płyty boiska piłkarskiego wraz z dostawą i montażem systemu ogrzewania” o wartości 945 000 zł, a to nie odpowiada tak co do wartości, jak i rodzaju robót, żądaniu Zamawiającego.

Odnosnie referencji z dnia 22.08.2007r., podpisanych przez Dyrektora MOSiR w Białymstoku, Zamawiający wyjaśnił, że INSTALATOR był wykonawcą instalacji ogrzewania płyty boiska stadionu piłkarskiego, a taka robota nie odpowiada rodzajowi żądanych robót (nawierzchnia z trawy naturalnej ze wzmocnioną modyfikowaną warstwą wegetacyjną i systemem podgrzewania płyty boiska).

Odnosnie referencji z dnia 30.03.2005r., podpisanej przez Dyrektora Sportowej Spółki Akcyjnej Groclin Dyskobolia w Grodzisku Wielkopolskim, Zamawiający wyjaśnił, że INSTALATOR był współwykonawcą instalacji podgrzewanej płyty boiska, przez co nie wykazał, że zaprojektował boisko do piłki nożnej z nawierzchni z trawy naturalnej ze wzmocnioną modyfikowaną warstwą wegetacyjną i systemem podgrzewania płyty boiska.

Stwierdził, że w przypadku zamówień publicznych, których przedmiot będzie wymagać posiadania przez wykonawców uprawnień do wykonywania określonych działalności, warunek posiadania takich uprawnień każdy z wykonawców powinien spełniać osobno, a także, że niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Podkreślił, że nie chodzi o formalną możliwość posługiwania się dokumentem referencji z wykonania zadań w poprzednich konsorcjach, ale o posiadanie umiejętności potwierdzonych w praktyce.

Przywołał wyrok Zespołu Arbitrów o sygnaturze akt UZP/ZO-972/05, zgodnie z którym: „Do podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy (...)”

Zamawiający, odnośnie skierowania do Odwołującego ponownego pisma do złożenia wyjaśnień, zwrócił uwagę, że kolejne pismo nie było tożsame z wcześniejszym, kwestionowanym przez Odwołującego. Stwierdził, że Odwołujący, opracowując ofertę i ustalając cenę, musiał kierować się określoną technologią realizacji wzmocnionej warstwy wegetacyjnej. Informacji tej jednak brak w ofercie Odwołującego. Zamawiający zaś, kierując się zasadami racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz dążąc do zapewnienia oceny porównywalnych ofert, zadał pytanie w tym zakresie.

Zamawiający podniósł, że miał obowiązek ustalenia typu, czy też rodzaju technologii proponowanej przez Odwołującego, ponieważ w SIWZ wskazał, że ma to być technologia np. FIBRETURF lub jej odpowiadająca. Podał, że obecnie znane są mu dwie lansowane przez niego technologie, obie opatentowane, tj. FIBRETURF lub NETLON.

W dniu 20.06.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, podtrzymując zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście, a dodatkowo zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wskazując, że doświadczenie wykonawcy potwierdza praktyka i realizacja określonych prac, a nie zapisy w ewidencji działalności gospodarczej. Nadto, że bez znaczenia jest fakt wykonywania zadań wspólnie z inną firmą.

Odwołujący podniósł, że ani w SIWZ, ani w żadnym innym dokumencie Zamawiający nie wymagał wskazania technologii, a jedynie oświadczenia o jej akceptacji w formularzu ofertowym, co Odwołujący uczynił. Stwierdził, że skoro, jak twierdzi Zamawiający, Zamawiający dokładnie opisał wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia, a Odwołujący potwierdził spełnienie wymagań w tym zakresie, to Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

Zakres informacji żądanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14.05.2008r. nie dotyczy treści złożonej oferty, ponieważ Zamawiający nie wymagał wskazania żądanej informacji w jej treści (technologia), a żądał jedynie potwierdzenia, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany w sposób wskazany przez Zamawiającego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz Przystępującego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalenia składu orzekającego Izby.

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającej go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ w przypadku uznania odwołania, ma szansę na uzyskanie zamówienia, jako że w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zaoferował cenę niższą niż cena oferty wybranej, tj. Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy spółka jawna

Warunek udziału w postępowaniu, dotyczący niezbędnego doświadczenia wykonawców, Zamawiający zawarł w Części III pkt 12 ppkt 2 lit b i c SIWZ.

Zażądał, aby wykonawcy wykazali, że

- (b) zrealizowali samodzielnie lub wspólnie w rozumieniu art. 23 ustawy dwa zadania w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swym rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia Zamawiający rozumiał wykonanie boiska o nawierzchni z trawy naturalnej z systemem podgrzewania płyty boiska – o wartości brutto nie mniejszej niż 1,5 mln zł,

- (c) zaprojektowali jedno zadanie w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadające swym rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia Zamawiający rozumiał usługi związane z zaprojektowaniem boiska do piłki nożnej o nawierzchni z trawy naturalnej z systemem podgrzewania boiska.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy mieli złożyć, zgodnie z Częścią III pkt 13 ppkt 2 lit. f i h:

1. wykaz wykonanych usług projektowych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie,
2. wykaz wykonanych robót budowlanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.

Odwołujący załączył do oferty żądane wykazy (str. 25, 49 i 51 oferty), w których w zakresie wykonanych usług (str. 25) i robót budowlanych (str. 51) wskazał: „Wykonanie modernizacji płyty głównej na stadionie Miejskim w Szczecinie wraz z projektem budowlanym o wartości 2 910 784 zł oraz w zakresie wykonanych robót budowlanych (str. 49) wskazał: „Budowę boiska, nawodnienia, odwodnienia, wodociągu, kanalizacji, bieżni, ogrodzenia. Boisko o wymiarach płyty do gry 105x66m. Bieżnia szer. 5m dł. 440m” o wartości 1 501 663,19 zł brutto.



W toku badania i oceny ofert Zamawiający skorzystał z przysługującego mu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prawa i zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących jego oferty (pismo z dnia 30.05.2008r.). Odwołujący oczekiwanych przez Zamawiającego wyjaśnień nie złożył.

Odnosnie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego (brak odpowiedzi odnośnie technologii realizacji wzmocnionej warstwy wegetacyjnej) skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nadając Zamawiającemu prawo, nie nakłada jednocześnie na wykonawcę obowiązku, tj. w tym przypadku obowiązku złożenia wyjaśnień. Nadto przepis ten nie formułuje żadnych konsekwencji dla wykonawcy, w przypadku braku wyjaśnień.

Inaczej niż w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wyraźnie przewidział, w sytuacji braku wyjaśnień ze strony wykonawcy na okoliczność rażąco niskiej ceny, skutek w postaci odrzucenia oferty, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp sankcji takiej nie zawiera, co oznacza, że ustawodawca z samym faktem nie złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, nie wiąże żadnych ujemnych dla wykonawcy konsekwencji. Dla Zamawiającego zaś nie złożenie wyjaśnień przez wykonawcę oznacza tyle tylko, że oceniając zgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, musi poprzestać na jej brzmieniu bez wyjaśnień.

Skład orzekający Izby nie doszukał się w treści SIWZ, aby Zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania technologii realizacji wzmocnionej warstwy wegetacyjnej. Podstawy do żądania jej wskazanie nie można wywodzić z opisu przedmiotu zamówienia, który nie służy formułowaniu obowiązków co do sposobu sporządzenia oferty, w tym co do informacji, jakie mają w niej zawrzeć wykonawcy.

Nie jest zatem obecnie możliwe rozszerzanie żądań i domaganie się przez Zamawiającego podania przez Odwołującego technologii realizacji wzmocnionej warstwy wegetacyjnej. Zamawiający swoim działaniem, tj. poprzez opracowanie treści SIWZ spowodował, że wykonawca może zapoznać go z technologią realizacji wzmocnionej warstwy wegetacyjnej dopiero na etapie realizacji, o ile wykonawca informacji w tym zakresie nie zechce przekazać wcześniej np. przy zawarciu umowy.

Wskazanie przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, że informacja odnośnie technologii ma dla niego pierwszorzędne znaczenie, może być rozpatrywana, biorąc pod uwagę brzmienie treści SIWZ, jedynie w kategoriach odpowiedzialności służbowej osób sporządzających SIWZ, nie zaś w kategoriach obowiązku wykonawców, którego źródłem nie może być nieujawniona w SIWZ potrzeba Zamawiającego.

Skład orzekający Izby zwrócił także uwagę na fakt, że w SIWZ brak jest opisu w jaki sposób (jakie parametry brałby pod uwagę) Zamawiający miałby sprawdzać „odpowiedniość”

oferowanej przez wykonawców technologii, jak stwierdzono w rozstrzygnięciu protestu, z lansowaną przez Zamawiającego technologią FIBRETURF i NETLON. Obowiązek taki, wbrew stanowisku Przystępującego, ciąży na Zamawiającym.

Uznać zatem należy, że Odwołujący nie uchybił treścią swojej oferty treści SIWZ, a zatem brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Skład orzekający Izby uznał jednocześnie, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego (brak „właściwych referencji”) skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Miejszem w SIWZ, gdzie Zamawiający sprecyzował niezbędne warunki udziału w postępowaniu jest Część III SIWZ zatytułowana „Warunki oraz dokumenty wymagane od wykonawcy”. Z treści pkt. 12 ppkt 2 lit. b i c tej części wynika, że w zakresie robót budowlanych istotnym dla Zamawiającego było, aby:

1. nawierzchnia boiska była wykonana z trawy naturalnej,
2. boisko było z systemem podgrzewania płyty boiska,
3. wartość robót była nie mniejsza niż 1,5 mln zł,

w zakresie usług zaś, aby usługa była związana z zaprojektowaniem boiska:

1. do piłki nożnej,
2. o nawierzchni z trawy naturalnej,
3. z systemem podgrzewania płyty boiska.

Skład orzekający Izby uznał za niedopuszczalne oczekiwanie Zamawiającego, że warunki udziału w postępowaniu wykonawcy będą niejako samodzielnie odczytywać łącznie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Programie funkcjonalno – użytkowym. Zamawiający nie może także formułować innych warunków udziału w postępowaniu w treści SIWZ, a innych w treści ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, które ukazało się w dniu 18.04.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 78596 w żaden sposób nie odwoływało się w zakresie warunków udziału w postępowaniu do Programu funkcjonalno – użytkowego.

Reasumując, podstawą oceny doświadczenia wykonawców są wyłącznie warunki wskazane w Części III pkt. 12 SIWZ, w takim też brzmieniu wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Oceniając złożone przez Odwołującego wykazy i referencje, w świetle postanowień Części III pkt 12 SIWZ, skład orzekający Izby stwierdził, że brak jest w ofercie Odwołującego informacji, z których wynikałoby, że:

1. robota budowlana wskazana w wykazie na str. 49 oferty obejmowała systemem podgrzewania płyty boiska,
2. robota budowlana wskazana w wykazie na str. 51 poz. 1 dotyczyła nawierzchni z trawy naturalnej.

Brakujących informacji nie sposób wyczytać z samych wykazów, ani z treści referencji, przy czym skład orzekający Izby podziela pogląd Odwołującego, że treść referencji nie musi potwierdzać niczego więcej ponad fakt wykonania roboty czy usługi należycie.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone w Wyrokach Zespołów Arbitrów z dnia 21.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1752/06), z dnia 08.12.2006 r. (sygn. akt. UZP/ZO/0-2880/06) oraz z dnia 02.10.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1173/07), a także w wyroku KIO z dnia 21.02.2008r. (sygn. akt KIO/UZP 99/08).

W szczególności skład orzekający Izby uznaje, że w celu wykazania swojego doświadczenia konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami), udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, co spełnia wymagania art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Konsekwencją odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum za należyte wykonanie całego zamówienia jest możliwość posługiwania się przez każdego z członków konsorcjum dokumentami, poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które każdy ponosi pełną odpowiedzialność.

Nie można odmówić konsorcjantowi prawa do doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum przy inwestycji realizowanej jako całości, przy jednoczesnej zgodzie na zawiązywanie konsorcjum celem spełniania warunku określonego przez Zamawiającego. Należy zauważyć, iż gdyby uznać za prawidłowe rozumowanie przeciwne, to mały przedsiębiorca nigdy nie nabyłby doświadczenia, bo nawet gdyby zawiązał konsorcjum, to i tak wykazywałby doświadczenie w zakresie tego co sam zrealizował, a nie tego co było przedmiotem zamówienia. Doświadczenie w realizacji zamówienia publicznego nie powoduje, że geodeta staje się prawnikiem, a prawnik geodetą na skutek wspólnie realizowanego przedsięwzięcia, ale że „ten prawnik” w przypadku ogłaszania innego zamówienia publicznego, będzie miał wiedzę, jakimi osobami musi dysponować, aby je zrealizować, jaki sprzęt będzie mu potrzeby, ile środków musi zabezpieczyć na prefinansowanie realizacji zamówienia, w jakim czasie jest to zdolny wykonać i za jaką cenę, tak aby realizując zamówienie samodzielnie wykonał je z należytą starannością.

Uznać zatem należy, że Odwołujący był uprawniony do wykazywania doświadczenia referencjami, które uzyskał wcześniej jako członek konsorcjum.

Ze względu jednak na wskazane wcześniej braki skład orzekający Izby stwierdza, że na podstawie dotychczas złożonych przez Odwołującego dokumentów nie można uznać, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu co do niezbędnego doświadczenia. Brak jest

jednak na tym etapie podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający ma bowiem, dokonując zgodnie z niniejszym wyrokiem, czynności ponownego badania i oceny ofert, obowiązek zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy i wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (wykazów).

W ocenie składu orzekającego Izby nie można mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 187 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu przez skład orzekający Izby skutkowałoby koniecznością odrzucenia wniesionego przez Odwołującego odwołania, co niewątpliwie nie leży w jego interesie.

Skład orzekający Izby, przychylając się do wniosku Odwołującego, wobec braku zastrzeżeń Zamawiającego odnośnie braku w ewidencji działalności gospodarczej Odwołującego określonych rodzajów działalności w piśmie informującym o podstawach wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 04.06.2008r., stwierdza jedynie, że brak ten nie stanowi przeszkody w ubieganiu się i uzyskaniu zamówienia publicznego.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 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), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Izłą na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*