

**Sygn. akt: KIO 480/14**

**WYROK**  
**z dnia 26 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2014 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane ERBUD Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik,

przy udziale wykonawcy Park-M Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 480/14 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Park-M Sp. z o.o., nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w przetargu oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, a także nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane ERBUD Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik na rzecz Przedsiębiorstwa Remontowo Budowlanego ERBUD Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71,

44-207 Rybnik kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa parku tematycznego przy ul. Rudzkiej/Kotucza w Rybniku, nr postępowania ZP.271.2.2014.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 31 stycznia 2014r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 36142/2014.

W dniu 7 marca 2014r. Zamawiający za pomocą faksu powiadomił Odwołującego: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik o wyniku postępowania, tj. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PARK-M sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz oraz innych podjętych czynnościach, między innymi o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 12 marca 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. bezpodstawne wykluczenie Odwołującego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. Budowa parku tematycznego przy ul. Rudzkiej/Kotucza w Rybniku, nr postępowania ZP.271.2.2014,
2. bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego wykonawcy w w/w postępowaniu,
3. bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PARK-M sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz,
4. zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego wyboru oferty spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał w toku postępowania warunków udziału w postępowaniu w postaci wymaganej wiedzy i doświadczenia, podczas gdy Odwołujący wraz z ofertą oraz wraz z pismem z dnia 27 lutego 2014r. uzupełniającym wykaz

wykonanych robót przedłożył dowód wykonania robót budowlanych, których wartość znacznie przekraczała wymagania wynikające ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ,

b) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane poprzez przyjęcie bezpodstawnego założenia, iż realizacja przez Odwołującego prac polegających na dokończeniu budowy krytej pływalni w Rybniku Boguszowicach oraz prac dotyczących modernizacji hali widowiskowo-sportowej w Rybniku-Boguszowicach, budowy łącznika hali widowiskowo-sportowej z budynkiem krytej pływalni nie stanowiły budowy obiektów przeznaczonych do uprawiania sportu lub turystyki w rozumieniu SIWZ,

c) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane poprzez przyjęcie błędnego założenia, iż wykonane przez Odwołującego roboty budowlane na terenie Cysterskich kompozycji Krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach oraz zagospodarowania przestrzeni publicznej w Czerwionce-Leszczynach nie spełniały wymogu wykonania budowy terenów rekreacyjno-sportowych w rozumieniu SIWZ, podczas gdy w/w roboty dotyczyły obiektów przeznaczonych do uprawiania rekreacji i sportu,

d) art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na przeprowadzaniu przez Zamawiającego oceny ofert wykonawców w sposób odbiegający od wymagań określonych w SIWZ.

Wskazując na powyższe uchybienia, wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PARK-M sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego Budowy parku tematycznego przy ul. Rudzkiej/Kotucza w Rybniku nr postępowania ZP.271.2.2014,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego wykonawcy z udziału w w/w postępowaniu,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego wykonawcy w w/w postępowaniu,
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto wnosił o:

1. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa przez pełnomocnika, według norm prawem przepisanych,
2. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy dokumentacji prowadzonego postępowania, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty

Odwołującego wykonawcy, prowadzonej korespondencji oraz przeprowadzenie dowodu z w/w dokumentów na okoliczność ich treści,

3. przeprowadzenie pozostałych dowodów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w zaskarżeniu odwołaniem niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, a to z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego wykonawcy była ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert, które nie podlegały odrzuceniu i przedstawiała cenę wykonania zadania na kwotę 7 686 324,53 zł brutto, podczas gdy oferta zwycięskiego wykonawcy opiewała na kwotę 8 092 036,69 zł brutto.

W swoim Odwołaniu wskazał, że zgodnie z rozdz. IV. pkt. 3 ppkt. 1) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunek wiedzy i doświadczenia, polegający na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwóch robót obejmujących swoim zakresem budowę terenów rekreacyjno-sportowych (parki, kąpieliska, obiekty do uprawiania sportu lub turystyki, place zabaw itp.) o wartości tego zakresu - w każdej z wykazanych robót - minimum 4 000 000,00 zł brutto. W celu wykazania spełnienia w/w wymogu wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą Wykazu wykonanych robót, stanowiącego załącznik nr 4 do oferty wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie.

Zwrócił uwagę, że w związku z powyższym warunkiem podmiotowym SIWZ złożył wraz ofertą wykaz, w którym powołał się na wykonanie następujących robót budowlanych: dokończenie budowy krytej pływalni w Rybniku Boguszowicach o wartości brutto 15 480 284,29 zł i modernizację hali widowiskowo-sportowej w Rybniku-Boguszowicach wraz z budową łącznika hali widowiskowo-sportowej z budynkiem krytej pływalni w Rybniku Boguszowicach o wartości brutto 12 868 186,99 zł.

Powołał się także na okoliczność wezwania go pismem z dnia 24 lutego 2014r. przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie Wykazu wykonanych robót, z powodu udokumentowania przez niego jedynie robót budowlanych dotyczących budynków, w warunkach, gdy wymogiem Zamawiającego było wykazanie realizacji robót dotyczących terenów rekreacyjno-sportowych.

W konsekwencji powyższego wezwania podniósł fakt, że w odpowiedzi na w/w wezwanie Odwołujący pismem z dnia 27 lutego 2014r. przedłożył skorygowany – jego

zdaniem - wykaz.

Odwołujący wskazał także, że w w/w piśmie zaznaczył on, iż wszystkie ujęte w dotychczas złożonym wykazie roboty budowlane spełniały wymagania SIWZ oraz przedłożył dodatkowo dowody realizacji dwóch kolejnych zadań, a to: „Zagospodarowania przestrzeni publicznej na targowisko miejskie w Czerwionce- Leszczynach” (wyjaśniając, iż zadanie to obejmowało roboty budowlane dotyczące terenów rekreacyjno-sportowych, co potwierdzał opis przeznaczenia inwestycji i jej zakresu przez Gminę Czerwionka-Leszczyny) o wartości 7 100 400,00 zł, jak również zadanie polegające na budowie parkingów wraz z małą architekturą oraz zapleczem sanitarnym i punktem informacji turystycznej na terenie Cysterskich kompozycji Krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach o wartości 5 795 377,07 zł.

Poza tym wyjaśnił, że w następstwie powyższego uzupełnienia dokumentów Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2014r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, podkreślając, iż zadania „Zagospodarowania przestrzeni publicznej na targowisko miejskie w Czerwionce-Leszczynach” oraz budowy parkingów wraz z małą architekturą oraz zapleczem sanitarnym i punktem informacji turystycznej na terenie Cysterskich kompozycji Krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach obejmują szerszy zakres robót niż wymagany w SIWZ, w związku z tym oczekuje wyjaśnień, z których będzie wynikało, jaka jest wartość zakresu obejmująca budowę terenów rekreacyjno-sportowych.

Dodatkowo wskazał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 6 marca 2014r. wyjaśnił, iż wszystkie ujęte w wykazie roboty dotyczą w całości robót dotyczących terenów rekreacyjno-sportowych. Wykonawca przedłożył ponadto Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącą zadania realizowanego dla Gminy Czerwionka Leszczyny oraz harmonogram robót realizowanych na terenie Cysterskich kompozycji Krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach.

Ostatecznie zaznaczył, że pismem z dnia 7 marca 2014r. Zamawiający wykluczył Odwołującego wykonawcę z udziału w postępowaniu, przyjmując założenie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób jaki wymaga tego SIWZ w rozdz. IV. pkt. 3 ppkt. 1) i w rezultacie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego nie poddając jej merytorycznej ocenie.

W ocenie Odwołującego czynności podjęte przez Zamawiającego nie były prawidłowe i prowadzą do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i poszanowania uczciwej konkurencji.

Zauważył przy tym, iż sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymagania Zamawiającego w tym zakresie opisano w rozdz. IV. pkt. 3 ppkt. 1) SIWZ, gdzie zgodnie z w/w postanowieniem o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia cyt: wykonawca, który wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwie roboty obejmujące swoim zakresem budowę terenów rekreacyjno-sportowych (parki, kąpieliska, obiekty do uprawiania sportu lub turystyki, place zabaw itp.) o wartości tego zakresu - w każdej z wykazanych robót- minimum 4 000 000,00 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do kwestionowania załączonego wraz z ofertą wykazu wykonanych robót, ani też wykazu uzupełnionego pismem Odwołującego z dnia 27 lutego 2014r., bowiem wraz z ofertą Odwołujący złożył wykaz, w którym powołał się na wykonanie robót budowlanych dotyczących dokończenie budowy krytej pływalni w Rybniku-Boguszowicach o wartości brutto 15 480 284,29 zł i na roboty dotyczące modernizacji hali widowiskowo-sportowej w Rybniku-Boguszowicach wraz z budową łącznika hali widowiskowo-sportowej z budynkiem krytej pływalni w Rybniku Boguszowicach o wartości brutto 12 868 186,99 zł.

Wyjaśnił, że Zamawiający określając przykłady robót, które będzie uznawał za spełniające wymagania SIWZ wskazał na roboty dotyczące m.in. budowy kąpielisk, obiektów przeznaczonych do uprawiania sportu lub turystyki, a zgodnie z obowiązującymi zasadami interpretacji oświadczeń woli, ustalając znaczenie danego oświadczenia, kierować należy się teorią zaufania, to znaczy oświadczenia należy tak tłumaczyć jak zostałyby ono odebrane przez przeciętnego uczestnika obrotu.

Ponadto podniósł, że ustalając znaczenie danych wyrażen uwzględniać należy ich znaczenie funkcjonujące w danym języku, znaczenie literalne.

Jeżeli w SIWZ Zamawiający wskazał jako przykład robót budowlanych, przy pomocy których wykonawcy mogą wykazać spełnienie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia roboty dotyczące kąpielisk, to Zamawiający nie mógł – w ocenie Odwołującego - równocześnie uznawać, że wykonanie takich robót dotyczących krytych pływalni nie spełnia wymagań SIWZ.

Zaznaczył przy tym, że analizując znaczenie terminu „kąpielisko” przeczytać można m.in., iż jest to cyt: „miejsce, teren, zespół urządzeń umożliwiających kąpanie się; zakład kąpielowy, łazienki, łaźnia” (por. Nowy Słownik Języka Polskiego PWN, Warszawa 2003).

Nadto analiza wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 24 lutego 2014r. doprowadziła Odwołującego do wniosku, iż Zamawiający usiłował w toku postępowania wprowadzić niewynikające z SIWZ rozróżnienie między robotami budowlanymi dotyczącymi budowy terenów rekreacyjno-sportowych od budowy budynków.

Zarzucił, że Zamawiający usiłował przekształcić wynikający z SIWZ stosunek nadrzędności (gdzie pojęcie budowy terenów rekreacyjno-sportowych mieściło w sobie węższe pojęcie budowy obiektów budowlanych) w stosunek wykluczania - tak Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż przedłożony z ofertą wykaz ujmuje roboty dotyczące budynków.

Zdaniem Odwołującego powyższy sposób działania Zamawiającego był zupełnie błędny z kilku powodów.

Po pierwsze, według Odwołującego Zamawiający w SIWZ wyraźnie dopuścił możliwość wykazywania wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie przez wykonawców realizacji robót budowlanych dotyczących obiektów do uprawiania sportu lub turystyki, bowiem zgodnie z definicją legalna zawarta w art. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane przez obiekt budowlany rozumie się budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowle stanowiąca całość techniczno-użytkowa wraz z instalacjami i urządzeniami, obiekt małej architektury.

Jeżeli Zamawiający określając wymogi dotyczące udziału w postępowaniu dopuścił możliwość wykazywania wiedzy i doświadczenia poprzez realizację obiektów, to za niedopuszczalne – w opinii Odwołującego - należy uznać późniejsze próby Zamawiającego oceny dokumentów wbrew postanowieniom SIWZ.

Podkreślił, że jeżeli w SIWZ Zamawiający używa pojęcia budowy terenów rekreacyjno-sportowych, wyjaśniając, iż rozumie przez to również budowę obiektów przeznaczonych do uprawiania sportu lub turystyki, to dla każdego, przeciętnego uczestnika obrotu budowa krytej pływalni jest budową obiektu przeznaczonego do uprawiania sportu, a przez to budową terenów rekreacyjno-sportowych.

Zwrócił uwagę, że SIWZ jest dokumentem wiążącym nie tylko wykonawców, ale i Zamawiającego, a wobec tego powinien on na każdym etapie postępowania stosować się do sformułowanych przez siebie wymagań prowadzenia postępowania i nie może więc wzywać wykonawców do uzupełnienia dokumentów, ignorując postanowienia SIWZ, nadając im odmienną treść lub znaczenie.



Po drugie, zauważył, iż przyjęty przez Zamawiającego kierunek interpretacji postanowień SIWZ, składający się na uzasadnienie dokonanych czynności prowadzi do rozwiązań trudnych do zaakceptowania przez Odwołującego z punktu widzenia zasad logiki, bowiem jeżeli warunek wiedzy i doświadczenia nie mógłby polegać na wykazywaniu realizacji robót dotyczących budowy istotnych budynków przeznaczonych do uprawiania sportu, rekreacji i turystyki, a pojęcie obiektu (wymienione wprost i wyraźnie w SIWZ) zostałyby pozbawione treści i znaczenia, to oznaczałoby to, iż wymaganej wiedzy i doświadczenia nie mieliby najwięksi przedsiębiorcy, realizujący kompleksowo i od podstaw największe inwestycje.

Zwrócił uwagę, że skoro dany przedsiębiorca wybudowałby kompleks pływalni wraz z całą infrastrukturą towarzyszącą, obiektami wokół: parkingami, placami zabaw, boiskami itd., to jego doświadczenie byłoby kwestionowane przez Zamawiającego z uwagi na budowę budynku, podczas gdy wykonawca realizujący wyłącznie budowę samej infrastruktury towarzyszącej, placów zabaw, czy zagospodarowania terenów wokół mógłby w ocenie Zamawiającego uchodzić za posiadającego wiedzę i doświadczenie.

W ocenie Odwołującego jest to rozumowanie nielogiczne, abstrahujące od reguł nowoczesnych stosunków społeczno-gospodarczych, ponieważ nie można wykonawcy np. stadionu, hali, basenu zarzucać, iż nie ma doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych dotyczących boiska, czy placu zabaw, niewymagających takiego zaawansowania i o prostszej infrastrukturze.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie kwestionowanie przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia Odwołującego nie znajduje żadnego usprawiedliwienia z tego powodu, iż Odwołujący, jako wykonawca obiektów sportowo-rekreacyjnych o wartości kilkunastu milionów złotych, nie ma zdaniem Zamawiającego wiedzy i doświadczenia do realizacji robót budowlanych dotyczących obiektów o wartości 4.000.000 zł.

Po trzecie, podkreślił, iż zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa Zamawiający jest zobowiązany w sposób jednoznaczny i precyzyjny określić warunki udziału w postępowaniu, a także sposób oceny spełnienia tych Warunków i nie może odnosić negatywnych skutków wobec wykonawców wynikających z niejasności sformułowań SIWZ bądź niewyartykułowanych intencji, planów czy pomysłów, którymi kieruje się Zamawiający.

Wskazał, że w uzasadnieniu dokonanych przez Zamawiającego czynności pokazał, iż Zamawiający inaczej rozumie wymagania SIWZ, aniżeli wynika to z ich literalnej treści.

Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego kwestionującym możliwość powoływania się na roboty budowlane dotyczące budynków rekreacyjno-sportowych, chociaż SIWZ jednoznacznie mówi o obiektach przeznaczonych do uprawiania sportu i rekreacji.

Podobnie nie podzielił stanowiska Zamawiającego kwestionującego możliwość powoływania się na prace budowlane dotyczące krytych kąpielisk, chociaż kąpieliska zostały wymieniane, jako przykład spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przekonywał, że niejasność czynności i zachowań Zamawiającego jest tym większa, gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż w rozdz. IV. pkt. 3 ppkt. 1) SIWZ, gdzie Zamawiający nie sformułował zamkniętego katalogu przykładów obiektów, które miałyby wykazywać na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zauważył, że Zamawiający kończy wyliczenie kategorii robót wyrażeniem itp., co wskazuje, że wyliczenie ma charakter przykładowy, a wykonawcy mają możliwość posłużenia się innymi aniżeli wymienione przez Zamawiającego przykładami prac.

Zdaniem Odwołującego wszystkie 4 roboty budowlane ujęte w skorygowanym wykazie prac dołączonym do pisma z dnia 27 lutego 2014r. spełniały wymagania SIWZ.

Przypomniał przy tym, iż Odwołujący w pkt. 1 wykazu wskazał na zagospodarowanie przestrzeni publicznej na targowisku miejskim w Czerwionce- Leszczynach, gdzie zgodnie z pkt. 3.1. SWIZ dla tego zadania targowisko miejskie miało łączyć w sobie funkcję handlową, kulturalną i rekreacyjną.

Poza tym zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt. 5 Programu Funkcjonalno-Użytkowego hala targowa miała pełnić poza godzinami funkcjonowania targowiska funkcję sportową i widowiskową.

Wobec czego Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawca, jako realizator robót budowlanych mógł wskazać je, jako budowę terenów rekreacyjno- sportowych.

Odwołujący zaznaczył również, że w pkt. 2 wykazu wskazał na budowę parkingów, obiektów małej architektury, obiektów rekreacyjnych i sportowych na terenie Cysterskich kompozycji krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach.

Zdaniem Odwołującego załączony przez niego harmonogram robót wykazywał realizację zadań dotyczących budowy małej architektury, zagospodarowania zieleni, placu zabaw, robót dotyczących łączącej się z nimi infrastruktury, które sadowią przykład budowy terenów rekreacyjno-sportowych.

Nie sposób również rozdzielać – według Odwołującego - elementów ściśle łączących się ze sobą, powiązanych funkcjonalnie, czy współzależnych od siebie.

Wątpliwości Odwołującego wzbudziło wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 4 marca 2014r.) do wyodrębniania zakresu prac w sposób sprzeczny z SIWZ i bez jasnego kryterium.

Podniósł także, że w pkt. 3 wykazu Odwołujący wskazał na budowę krytej pływalni w Rybniku Boguszowicach, zaś w pkt. 4 na budowę Hali widowiskowo-sportowej i łącznika hali.

Nadto zwrócił również uwagę, że każda z pozycji wykazu przekraczała kwotę 4.000.000,00 zł., zaś poz. 3 i 4 opiewały odpowiednio na kwoty 15 480 284,29 zł i 12 868 186,99 zł.

Twierdził, że jako dowód spełnienia warunku dołączył dla hali widowiskowo-sportowej: FV nr 100105090036 wraz z częściowym protokołem zaawansowania robót oraz rysunek - Projekt dróg - nawierzchnie; dla dokończenia budowy krytej pływalni: harmonogram rzeczowo - finansowy z umowy nr IMI-342/00085/07 na dokończenie budowy krytej pływalni w Rybniku - Boguszowicach; rysunek - Plan sytuacyjny parkingu i chodników oraz rysunek - Organizację ruchu.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten bezpodstawnie zastosował przepis art.24 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp wobec Odwołującego, skoro Odwołujący wykazał wymagane warunki w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Argumentował przy tym, że niepodobna zakładać, iż wykonawca krytej pływalni i hali widowiskowo-sportowej o w/w wartościach nie ma doświadczenia w zakresie budowy obiektów o wartości wykonanych robót co najmniej 4.000.000,00 zł.

W konsekwencji opisanego wyżej naruszenia Zamawiający – w ocenie Odwołującego - nieprawidłowo zastosował dalsze przepisy ustawy, a to art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp i art.

24 ust. 4 ustawy Pzp, a także przepis art. 7 ustawy Pzp.

Ostatecznie zarzucił Zamawiającemu, że ten poprzez niejasną interpretację SIWZ oraz niewyrażone w niej kryteria oceny spełnienia warunków podmiotowych wprowadzał w błąd wykonawców i nie oceniał złożonych ofert według literalnych wymagań SIWZ, ale według wymagań znanych tylko Zamawiającemu.

W dniu 14 marca 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Park-M sp. z o.o.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego wraz z uzupełnionym wykazem, zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 7 marca 2014r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 14 marca 2014r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 25 marca 2014r. i pisma procesowego Odwołującego z dnia 25 marca 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.22 ust.1 pkt. 2, art.24 ust.2 pkt. 4, art.24 ust.4, art.26 ust.3 i 4, art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale IV. pkt. 3 ppkt. 1) SIWZ wprowadził warunek podmiotowy, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunek wiedzy i doświadczenia, polegający na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwóch robót obejmujących swoim zakresem budowę terenów rekreacyjno- sportowych (parki, kąpieliska, obiekty do uprawiania sportu lub turystyki, place zabaw itp.) o wartości tego zakresu - w każdej z wykazanych robót - minimum 4 000 000,00 zł brutto. W celu wykazania spełnienia w/w wymogu wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą Wykazu wykonanych robót, stanowiącego załącznik nr 4 do oferty wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie.

Powyższy warunek udziału w przedmiotowym przetargu miał – według zapatrywania Izby - kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy w postępowaniu odwoławczym.

Izba oceniając treść powyższego warunku i złożone na jego potwierdzenie dokumenty, stanęła na stanowisku, że wszystkie cztery zadeklarowane przez Odwołującego roboty w wykazie wykonanych robót – załącznik nr 4 złożone przy piśmie z dnia 27 lutego 2014r. spełniają powyższy warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Należy wskazać, że Zamawiający w SIWZ posłużył się nieostrym pojęciem „terenów rekreacyjno-sportowych” wraz z nawiasowym dookreśleniem tego sformułowania wskazując na parki, kąpieliska, obiekty do uprawiania sportu lub turystyki, place zabaw itp.

W treści opisu tego warunku Zamawiający nie odesłał do jakiegokolwiek definicji legalnej powołanego wyżej pojęcia terenów rekreacyjno-sportowych oraz nie zdefiniował takich wyrażeń jak parki, kąpieliska, obiekty do uprawiania sportu lub turystyki, place zabaw itp.

Według zapatrywania Izby taka konstrukcja warunku wraz z jej treścią oznacza, że zakres budowy terenów rekreacyjno-sportowych obejmuje, oprócz takich elementów jak parki, kąpieliska, obiekty do uprawiania sportu lub turystyki, place zabaw, również elementy podobne, co wynika z wyraźnego zastrzeżenia Zamawiającego przejawiającego się użyciem w cyt. postanowieniu SIWZ zwrotu „itp.”.

Analizując treść dokumentacji potwierdzającej wykonanie przedmiotowych zamówień Izba doszła do przekonania, że zakresy robót składających się na przedmiot zamówienia są podobne.

Zdaniem Izby zarówno kryta pływalnia, jak i hala widowiskowo - sportowa wraz z towarzyszącą infrastrukturą stanowią obiekty do uprawiania sportu w rozumieniu przepisu

art. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane i mieszczą się w treści warunku określonego przez Zamawiającego.

Natomiast pozostałe wykonane zamówienia przedstawione w załączonym przez Odwołującego wykazie potwierdzają wykonanie robót budowlanych na terenach rekreacyjno-sportowych i również obejmują zakres robót wymagany przez Zamawiającego.

Izba wzięła przy dokonywaniu rozstrzygnięcia w sprawie pod uwagę, że zgodnie z treścią pkt.3.1 SIWZ na wykonanie zamówienia pod nazwą Zagospodarowanie przestrzeni publicznej na targowisko miejskie w Czerwionce Leszczynach realizowanego dla Gminy Czerwionka Leszczyny przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie targowiska miejskiego łączącego w sobie funkcję handlową, kulturalną i rekreacyjną.

Jednocześnie z części opisowej powyższego przedmiotu zamówienia – Program Funkcjonalno – Użytkowy wynika, że w ramach ogólnych właściwości funkcjonalno – użytkowych (pkt. 1.4) przestrzeń publiczna, której dotyczy niniejsze opracowanie ma pełnić między innymi funkcję rekreacyjno – sportową.

W odniesieniu do architektury były to kosze do koszykówki, co wynika z pkt.2.3 powyższego Programu Funkcjonalno – Użytkowego.

Nadto protokół odbioru robót końcowy z dnia 30.01.2012r. przy zamówieniu na budowę parkingów wraz z małą architekturą oraz zapleczem sanitarnym i punktem informacji turystycznej na terenie Cysterskich kompozycji Krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach potwierdza wykonanie między innymi wiat biwakowych, placu zabaw, małej architektury – stojaki na rowery z oświetleniem parkingu i terenu rekreacyjnego.

Powyższe dowody – zdaniem Izby – potwierdzają wykonanie wszystkich wymaganych zakresów robót odpowiadających warunkowi ustanowionemu przez Zamawiającego na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Jednocześnie nie znalazła uznania Izby argumentacja Zamawiającego i Przystępującego o legalnym określeniu pojęć w SIWZ w oparciu, o które Odwołujący powinien wykazać swoją doświadczenie i wiedzę.

Należy zauważyć, że pojęcie terenu rekreacyjno-wypoczynkowego z gruntu cyt. przez Przystępującego rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 29 marca 2001r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków (Dz. U. z dnia 2 maja 2001 r.) nie

posiada tego samego znaczenia, co teren rekreacyjno-sportowy z SIWZ z powodu użycia w tym unormowaniu słowa „wypoczynkowy”, które nie zostało wymienione w SIWZ.

Jednakże nawet posiłkując się pojęciami z pkt. 16 załącznika nr 6 - zaliczanie gruntów do poszczególnych użytków gruntowych z rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 29 marca 2001 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków ocena przedmiotowej sprawy dokonana przez Izbę nie ulegnie zmianie.

Powołane wyżej tereny rekreacyjno-wypoczynkowe oznaczone Bz zostały zdefiniowane w ten sposób, że do terenów rekreacyjno-wypoczynkowych zalicza się niezajęte pod budynki i związane z nimi urządzenia:

1) tereny ośrodków wypoczynkowych, tereny zabaw dziecięcych, plaże, urządzone parki, skwery, zieleńce (poza pasami ulic);

2) tereny o charakterze zabytkowym, takie jak: ruiny zamków, grodziska, kurhany, pomniki przyrody;

3) tereny sportowe, takie jak: stadiony, boiska sportowe, skocznie narciarskie, tory saneczkowe, strzelnice sportowe, kąpieliska, pola golfowe;

4) tereny spełniające funkcje rozrywkowe, takie jak: lunaparki, wesołe miasteczka;

5) ogrody zoologiczne i botaniczne;

6) tereny zieleni nieurządzonej niezaliczone do lasów oraz gruntów zadrzewionych i zakrzewionych;

7) tereny rodzinnych ogrodów działkowych urządzonych na gruntach, które nie nadają się do upraw rolniczych, w tym na gruntach leśnych oraz zadrzewionych i zakrzewionych.

Według Izby tereny Cysterskich kompozycji Krajobrazowych Rud Wielkich w Rudach mieszczą się w powyższym pojęciu terenów o charakterze zabytkowym, na których dodatkowo wykonany został plac zabaw dla dzieci (teren zabaw dziecięcych).

Nadto plac do gry w koszykówkę w ramach zadania dla Gminy Czerwionka Leszczyny odpowiada pojęciu boiska sportowego.

Jednocześnie, w ocenie Izby, niezależnie od powyższych rozważań, niedopuszczalne jest posługiwanie się przez Zamawiającego definicją legalną bez wyraźnego jej wskazania w SIWZ.

Powoływanie się na taką definicję legalną zaczerpniętą z odrębnej regulacji prawnej, nieodnoszącej się do danego zagadnienia prawnego, a także takiej, która ze swojej istoty

takiej definicji nie stanowi, bowiem nie wynika ona z ustawy, lecz jest jedynie fragmentem wykonania danej delegacji ustawowej, a zatem nie może wpływać na prawa podmiotowe uczestników przetargu, nie znajduje uzasadnienia.

W kontekście rozstrzyganego przypadku Izba stanęła na stanowisku, że opis warunku podmiotowego sporządzonego przez Zamawiającego powinien wyraźnie odsyłać do definicji legalnej danego wyrażenia i nie powinien pozostawiać jakiegokolwiek pola do jego uznaniowości przy dokonywaniu oceny spełniania tego warunku.

Inne podejście stanowiłoby rażące naruszenie zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**