

Sygn. akt: KIO/UZP 925/08

WYROK
z dnia 19 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. Aleja Tysiąclecia Państwa Polskiego 13, 24-110 Puławy, Firma FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski ul. Ochotników Węgierskich 1A/123** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Szkół Nr 1, 22-600 Tomaszów Lubelski, ul. Wyspiańskiego 8** protestu z dnia 12 sierpnia 2008r.

przy udziale **TAMEX Obiekty Sportowe S.A, 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zespół Szkół Nr 1, 22-600 Tomaszów Lubelski, ul. Wyspiańskiego 8**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. Aleja Tysiąclecia Państwa Polskiego 13, 24-110 Puławy, Firma FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski ul. Ochotników Węgierskich 1A/123,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zespół Szkół Nr 1, 22-600 Tomaszów Lubelski, ul. Wyspiańskiego 8** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. Aleja Tysiąclecia Państwa Polskiego 13, 24-110 Puławy, Firma FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski ul. Ochotników Węgierskich 1A/123** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego 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: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. Aleja Tysiąclecia Państwa Polskiego 13, 24-110 Puławy, Firma FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski ul. Ochotników Węgierskich 1A/123.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 03.07.2008r. pod numerem 152620-2008.

Zamawiającym jest Zespół Szkół Nr1 22-600 Tomaszów Lubelski, ul. Wyspiańskiego 8, zwany dalej "Zamawiającym".

Przedmiotem zamówienia jest : Budowa kompleksu boisk sportowych w ramach programu Moje Boisko Orlik 2012 przy Zespole Szkół Nr 1 w Tomaszowie Lubelskim, ul. Wyspiańskiego 8.

Protest został złożony pismem z dnia 12.08.2008r. przez Konsorcjum wykonawców:

1.Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski

2.Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 13,

3.Firma FLIS Marcin Flis ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 230300 Janów Lubelski, reprezentowane przez Stanisława Flis PBM FLISBUD zwane dalej "Odwołującym".

W złożonym proteście Odwołujący zarzucił naruszenie w szczególności art. 7 ust. 1, art. 22, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223, poz.1655) zwanej dalej "ustawą Pzp" :

1. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenie i odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący w złożonym proteście zażądał :

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonanie ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu protestu, ponieważ w przypadku uwzględnienia protestu jego oferta będzie najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Pismem z dnia 29.07.2008r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego w zakresie układania nawierzchni syntetycznej.

Pismem z dnia 30.07.2008r. Odwołujący złożył stosowne oświadczenie, ale pomimo to został wykluczony z postępowania.

Odwołujący nie zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego zawartym w piśmie o wykluczeniu, że "wykonane prace dotyczyły tylko części zrealizowanych robót". Bowiem

zgodnie z pkt 9.1.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej SIWZ Zamawiający żądał potwierdzenia posiadanego doświadczenia przez przedstawienie wykazu wykonanych robót oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (np: referencje, protokoły odbioru robót). Z kolei zgodnie z treścią pierwszego akapitu strony 5 SIWZ – Zamawiający dokona sprawdzenia spełnienia powyższych warunków metodą 0 -1, tj. spełnia lub nie spełnia, na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawców.

Odwołujący nie zgadza się, że stwierdzeniem zawartym w zawiadomieniu o wykluczeniu, że “wykonawca nie udokumentował w sposób wymagany wykonania 2 robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia”, ponieważ załączone do oferty dokumenty potwierdzają spełnienie wymaganego warunku doświadczenia zawodowego i wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jest nieuzasadnione.

Z ostrożności procesowej Odwołujący w złożonym proteście podniósł, że gdyby Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykonał ułożenia nawierzchni syntetycznej to powinien w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać do uzupełnienia wykazu i referencji robót. Bowiem w piśmie z dnia 29.07.2008r. jedynie wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ powziął wątpliwości co do wynikających z nich faktów.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wykluczając jego z postępowania naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucając jego ofertę.

W dniu 19.08.2008r. Zamawiający oddalił protest w całości uznając go jako bezpodstawny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził między innymi, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w proteście.

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na powzięcie wątpliwości co do rzetelności i poprawności wystawionej referencji przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Puławach (MOSiR w Puławach) zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie dokumentacji i złożenie wyjaśnień w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, ponieważ z przedłożonych referencji nie wynika, że wykonawca w zakresie robót budowlanych dokonał położenia nawierzchni sztucznej.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył oświadczenie, że Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane “TERMOCHEM” Sp. z o.o. w Puławach Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 13, (członek konsorcjum – TERMOCHEM Sp. z o.o. w Puławach) “dokonało pełnych prac w zakresie przebudowy boiska wraz z położeniem nawierzchni sztucznej (patrz referencje pkt.12)”.

Złożone oświadczenie jest sprzeczne z otrzymanym przez Zamawiającego pismem z dnia 01.08.2008r. MOSiR w Puławach, z którego wynika, że członek konsorcjum Odwołującego nie dokonało położenia nawierzchni sztucznej, a jedynie wykonało prace przygotowawcze pod nawierzchnię sztuczną.

W ocenie Zamawiającego oświadczenie Odwołującego stoi w jawnej sprzeczności ze stanem faktycznym wykonania umowy na rzecz MOSiR w Puławach stwierdzonych w piśmie tej jednostki z dnia 01.08.2008r.

Ponadto Zamawiający powołał się na możliwość tylko jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. W związku z tym, że Odwołujący zignorował wezwanie i nie zaszły żadne nowe okoliczności to Zamawiający nie może ponownie wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i decyzja o wykluczeniu Odwołującego jest właściwa.

W dniu 25.08.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Odwołujący odnosząc się do uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu stwierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż został wezwany do uzupełnienia dokumentów. W ocenie Odwołującego został on wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie czy kładł nawierzchnię sztuczną na zadaniu MOSiR w Puławach.

W związku z tym Zamawiający nie zastosował obligatoryjnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na etapie postępowania protestacyjnego i odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił drugi wykonawca Tamex Obiekty Sportowe S.A. 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38 (Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie) wnosząc o oddalenie protestu i odwołania, wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu z uwagi na dokonany wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Argumentacja Przystępującego do postępowania protestacyjnego w piśmie z dnia 14.08.2008r. jest zbieżna z argumentacją Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Przystępujący w toku postępowania protestacyjnego w szczególności stwierdził, że referencja wystawiona przez MOSiR w Puławach jest nieuprawniona, ponieważ TERMOCHEM Sp. z o.o. w Puławach była podwykonawcą robót więc MOSiR w Puławach nie zlecał robót TERMOCHEM Sp. z o.o. w Puławach i nie był uprawniony do wystawienia referencji. Ponadto w ocenie Przystępującego do postępowania protestacyjnego Odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów pod adresem art. 22 ustawy Pzp, a jeśli by je sformułował to należałoby je oddalić jako spóźnione.

Pismem z dnia 28.08.2008r. Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego wnosząc i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na podstawie dołączonej do akt sprawy dokumentacji przetargowej oraz złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów przez strony na rozprawie Izba rozstrzygając wniesione odwołanie uwzględniła je w całości.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego ustalonego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w pkt 8.1. SIWZ określił, że "W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia tj. wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – co najmniej dwie roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł każda".

Treść tak ustalonego warunku doświadczenia zawodowego odpowiada treści § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006r. Nr 87 poz. 605) zwanego dalej "Rozporządzeniem z dnia 19.05.2006r." zgodnie z którą w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie 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 załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Zamawiający wykonując dyspozycję wyżej zacytowanego przepisu prawa, skonkretyzował swoje oczekiwania w związku z prowadzonym postępowaniem do dwóch okoliczności, a mianowicie :

1. zażądał przedstawienia co najmniej dwóch robót budowlanych,
2. określił wartość każdej z tych robót na kwotę 500.000,00 zł,

Doprecyzował również, że dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót mogą być np: referencje, protokoły odbioru robót oraz żądań wypełnionego i podpisanego druku wykazu robót według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ (pkt 9.1.3. SIWZ).

Odwołujący, składając ofertę załączył Wykaz robót z dnia 28.07.2008r. zgodny z drukiem wzoru z SIWZ, w którym wpisał dwie roboty budowlane. Ponadto załączył dwie referencje wystawione przez Zamawiających wskazanych w tymże Wykazie robót .

Zamawiający, w trakcie badania ofert pismem z dnia 29.07.2008r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentacji i złożenia wyjaśnień w zakresie trzech dokumentów :

1. posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia odnośnie wykazu wykonanych robót i referencji dla zadania "Przebudowa boiska treningowego na stadionie w Puławach przy ul. J. Hauke Bosaka", ponieważ z nich nie wynika, iż Odwołujący dokonał położenia nawierzchni sztucznej,
2. uzupełnienia podpisu potwierdzenia za zgodność z oryginałem – odpisu KRS, zaświadczenia ZUS, zaświadczenia podatkowego,
3. potwierdzenia dokonania opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W wykonaniu powyższego wezwania odnoszącego się do jego punktu pierwszego Odwołujący złożył oświadczenie z dnia 30.07.2008r. o treści potwierdzającej "dokonanie pełnych prac w zakresie przebudowy boiska wraz z położeniem nawierzchni sztucznej i przywołał pkt 12 referencji.

W dokumentacji przetargowej przekazanej do akt sprawy znajdują się:

1. pismo Zamawiającego z dnia 29.07.2008r. do MOSiR w Puławach z prośbą o informację czy TERMOCHEM Sp. z o.o. w Puławach dokonała położenia nawierzchni sztucznej, czy też jedynie wykonała prace przygotowawcze pod nawierzchnią sztuczną,
2. pismo MOSiR w Puławach z dnia 01.08.2008r. do Zamawiającego z którego wynika, że TERMOCHEM Sp. z o.o. w Puławach nie dokonała położenia nawierzchni sztucznej, a jedynie wykonała prace przygotowawcze pod nawierzchnią sztuczną.

Pismem z dnia 05.08.2008r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie oraz o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art.22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp o odrzuceniu jego oferty.

Jako uzasadnienie decyzji wykluczenia z postępowania Odwołującego podano nie posiadanie wymaganej niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia. Stwierdzono, że po sprawdzeniu i analizie referencji MOSiR w Puławach ustalono, że wykonane prace dotyczyły tylko części zrealizowanych robót, a mianowicie nie dotyczyły

prac związanych z położeniem sztucznej nawierzchni - robót bardzo istotnych w zrealizowanej inwestycji. Dalej Zamawiający stwierdza, że Odwołujący nie spełnia wymogu w pkt 8.1. SIWZ oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie Zamawiający w poczet dowodów przedłożył następujące pisma :

1. z dnia 03.09.2008r. Masters Sp. z o.o. w Szczecinie ul. Mickiewicza 21 z treści którego wynika, że podczas realizacji zadania "Przebudowa boiska treningowego na stadionie w Puławach przy ul. J. Hauke Bosaka" spółka współpracowała z podwykonawcą PR-B Termochem Sp. z o.o. , a prace związane z dostawą i montażem trawy syntetycznej, firma Masters Sp. z o.o. wykonała własnymi siłami,
2. z dnia 15.09.2008r. MOSiR w Puławach informującego, że wykonawcą inwestycji była firma "MASTER" Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 21, 70 -383 Szczecin.

Odnosząc się do uzasadnienia powyżej przedstawionej decyzji Zamawiającego z dnia 05.08.2008r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba zważyła, co następuje.

1. Zamawiający dysponuje na dowód układania nawierzchni syntetycznej dokumentami sprzecznymi, ponieważ Odwołujący przedstawił referencję o numerze MOSiR 0717/4/2007 z dnia 27.02.2007r. wystawioną w imieniu MOSiR w Puławach przez poprzedniego Dyrektora Jerzego W., z której wynika, że Odwołujący wykonał boisko z nawierzchnią syntetyczną oraz oświadczenie Odwołującego z dnia 30.07.2008r., że dokonał pełnych prac przebudowy boiska wraz z położeniem nawierzchni sztucznej, a z drugiej strony posiada oświadczenie aktualnego Dyrektora MOSiR w Puławach Antoniego Rękasa z dnia 01.08.2008r. o numerze pisma MOSiR 0717/37/2008 i oświadczenie Prezesa Zarządu Andrzeja P. z dnia 03.09.2008 r. Spółki MASTERS Sp. z o.o. ze Szczecina, że prace związane z dostawą i montażem trawy syntetycznej spółka wykonała własnymi siłami, a Odwołujący jedynie wykonał prace przygotowawcze pod sztuczną nawierzchnię. W ocenie Izby brak podstaw formalno - prawnych do stwierdzenia, które z oświadczeń są prawdziwe, a które niezgodne z prawdą. W zaistniałej sytuacji może budzić zastrzeżenia postępowanie Zamawiającego, który przyjął za prawdziwe oświadczenia zaprzeczające oświadczeniom Odwołującego oraz poprzedniego Dyrektora MOSiR bez uprzedniej próby wyjaśnienia zaistniałych przyczyn sprzecznych oświadczeń w kontekście zapisów pkt 8.3.2. SIWZ. Bowiem to Zamawiający przewidział w SIWZ, że "W sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń lub autentyczności dokumentów przeprowadzone zostanie postępowanie wyjaśniające. O postępowaniu

wyjaśniającym Zamawiający niezwłocznie powiadomi Wykonawcę, którego czynności dotyczą. Zawiadomiony Wykonawca może składać wszelkie oświadczenia i przedstawiać wszelkie dowody potwierdzające prawdziwość kwestionowanych dokumentów.” W ocenie Izby, pismo Zamawiającego z dnia 29.07.2008r. w jego punkcie pierwszym nie wyczerpuje powyżej zacytowanej procedury na okoliczność stwierdzonych sprzecznych oświadczeń. Zamawiający bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z udziałem Odwołującego podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania kwitując tę decyzję jedynie stwierdzeniem ...”po sprawdzeniu i analizie referencji (...) ustalono (...) Nie dotyczyły prac związanych z położeniem sztucznej nawierzchni-robót bardzo istotnych w zrealizowanej inwestycji.”

2. Izba podziela stanowisko Odwołującego co do niejednoznacznego znaczenia wezwania Zamawiającego z dnia 29.07.2008r. w jego punkcie pierwszym i jedynie możliwego przypisania temu wezwaniu charakteru wezwania do wyjaśnienia zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy wprost z pkt 12 referencji MOSiR w Puławach wynikało, że przedmiotem robót było wykonanie boiska z nawierzchni sztucznej.
3. Izba podziela stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie co do tego, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymogu doświadczenia zawodowego nie żądał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w zakresie układania boisk o sztucznej nawierzchni. Bowiem ze sformułowanych w pkt 8.1. SIWZ warunków doświadczenia zawodowego wynika, że Zamawiający wymagał co najmniej dwóch robót odpowiadających rodzajowi robót będących przedmiotem zamówienia o wartości 500.000,00 zł każdej z nich. Zamawiający posłużył się określeniem rodzaj robót bez wskazania ich cech, które by identyfikowały, iż ich charakter odpowiada rodzajowi robót będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający dopiero w decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego w piśmie z dnia 05.08.2008r. wskazał, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania jest brak wykonania robót polegających na układaniu nawierzchni sztucznej. Natomiast na rozprawie odpowiadając na pytanie składu orzekającego Izby co rozumie przez roboty odpowiadającego rodzajowi robót będących przedmiotem zamówienia stwierdził, że są to roboty, których rodzaj jest określony w SIWZ w punkcie 3.2. SIWZ i w jego rozwinięciu to jest w ppkt od 3.2.1 do 3.2.7. SIWZ, gdzie jest użyte sformułowanie, iż przedmiotem zamówienia są “boiska o nawierzchni sztucznej trawiastej”.

W ocenie Zamawiającego, wymóg układania nawierzchni sztucznej boiska tak samo rozumiał Odwołujący, który składając ofertę w wykazie robót oraz referencjach

wykazał, że układał boiska z nawierzchni sztucznej, ale wobec, w ocenie Zamawiającego, potwierdzenia nieprawdy co do robót dla MOSiR w Puławach nie można uznać, że Odwołujący spełnił warunek wykonania dwóch robót o nawierzchni sztucznej boisk. Odwołujący odpierając stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie stwierdził, że Zamawiający na użytek rozstrzygnięcia sporu stawia wymogi nie odpowiadające rodzajowi robót, tylko odpowiadające robotom tożsamym. Zamawiający podtrzymując swoje stanowisko, przywołał na rozprawie argumentację, iż powszechnie jest wiadomym, a szczególnie dla zainteresowanych wykonawców robotami Orlik 2012, że boiska w tym programie są boiskami o sztucznej nawierzchni.

W tak ustalonym stanie faktyczno-prawnym dotyczącym zdefiniowania w SIWZ, rodzaju robót odpowiadających rodzajom robót będących przedmiotem zamówienia Izba zważyła, co następuje.

Zarówno w przepisach prawa odnoszących się do zamówień publicznych jak i w przepisach powszechnie obowiązujących brak jest definicji „rodzaju robót budowlanych”.

W związku z powyższym w kompetencji Zamawiającego organizującego przetarg było zdefiniowanie pojęcia „rodzaju robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia”.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) znajduje się opis przedmiotu zamówienia wskazany kolejno:

1. w tytule zamówienia „Budowa kompleksu boisk sportowych w ramach Programu „Moje boisko Orlik 2012”,
2. w pkt 3.1. SIWZ poprzez oznaczenie przedmiotu zamówienia według kategorii robót budowlanych i dostaw Wspólnego Słownika Zamówień CPV: to jest robót budowlanych w zakresie budowy boisk sportowych, robót w zakresie chodników, hydrauliki i robót sanitarnych, robót w zakresie instalacji elektrycznych, wznoszenia ogrodzeń, sprzętu sportowego do uprawiania sportów na wolnym powietrzu.
3. w punktach od 3.2.1. do 3.2.7. SIWZ Zamawiający podał parametry techniczne kolejno: boiska do piłki nożnej, boiska wielofunkcyjnego, zaplecza sanitarnego, ogrodzenia terenu z bramą wjazdową i furtką wejściową, oświetlenie terenu, ciągi pieszce, utwardzenie skarpy, infrastruktura techniczna podziemna. Przy czym co do boisk Zamawiający zaznaczył, że mają być o nawierzchni sztucznej.

4. w pkt 3.2.8. SIWZ Zamawiający wskazuje na załączniki nr 5a, 5b, 5c do SIWZ, które kolejno zawierają: Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentację projektową oraz przedmiar robót, gdzie w maksymalnie możliwym stopniu szczegółowości Zamawiający określił parametry techniczne, technologiczne, funkcjonalne i inne przedmiotu zamówienia.

W każdym z wyżej wymienionych punktów SIWZ Zamawiający w różnym stopniu szczegółowości określił parametry techniczne, technologiczne, jakościowe, funkcjonalne i inne zamawianych robót budowlanych.

Natomiast wobec braku określenia w wyżej wymienionym punkcie 8.1. SIWZ, do którego z wyżej wymienionych punktów opisu przedmiotu zamówienia należy odnieść roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia, to należy stwierdzić, że z tego tytułu Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie może wywodzić jakichkolwiek sankcji dla Odwołującego, ponieważ nie określił, co należy rozumieć przez rodzaj robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w zakresie wymogu doświadczenia zawodowego tylko ilość robót (co najmniej dwie) oraz ich wartość (o wartości co najmniej 500 tys. zł. każda).

Tak więc nie ma podstaw formalno –prawnych do żądania aby w wykazie boisk sportowych wykonanych znajdowały się boiska z nawierzchni sztucznej, ponieważ Zamawiający nie określił w pkt 8.1. SIWZ co należy rozumieć przez rodzaj robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia, chociażby odnosząc się do ujętego w tytule zamówienia „Programu Orlik 2012”.

Tym samym skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Przystępującego do postępowania odwoławczego, w tym również co do :

1. braku sprecyzowania przez odwołującego zarzutów naruszenia art. 22 ustawy Pzp, ponieważ w pkt VII protestu wskazał na bezpodstawne wykluczenie, konkretyzując naruszenie przepisu do art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. prawa wystawienia referencji przez Zamawiającego podwykonawcy, w szczególności bez podania podstawy prawnej tego zastrzeżenia, przy istnieniu art. 647 ze zn.1 k.c.

W tym stanie rzeczy należało orzec jak w sentencji uznając za wykazane przez Odwołującego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do wysokości 3600,00 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 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 **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*