

Sygn. akt: KIO 845/18

WYROK
z dnia 18 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Zuzanna Idzkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Akademia Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki 40-065 Katowice, ul. Mikołowska 72a** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **Wykonanie dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej dla inwestycji „Budowa hali lekkoatletycznej ze strzelnicą sportową i stadionem lekkoatletycznym w Katowicach na działkach zlokalizowanych w obrębie ulic Kościuszki i Zgrzebionka”** wraz z przeniesieniem praw autorskich i pełnieniem nadzoru autorskiego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego **Akademiją Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego **Akademii Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach** na rzecz wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego przed Izłą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – **Akademia Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki 40-065 Katowice, ul. Mikołowska 72a** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wykonanie dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej dla inwestycji „Budowa hali lekkoatletycznej ze strzelnicą sportową i stadionem lekkoatletycznym w Katowicach na działkach zlokalizowanych w obrębie ulic Kościuszki i Zgrzebionka” wraz z przeniesieniem praw autorskich i pełnieniem nadzoru autorskiego, znak sprawy ZP 20/2017 UE - dalej: „Postępowanie”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 30 grudnia 2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 250-527594.

TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22, zwany dalej „odwołującym”, działając na podstawie art 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
3. niezgodnej z prawem czynności oceny ofert, tj. oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;

3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zaniechanie przeprowadzenia badania ofert wobec wszystkich wykonawców w takim samym zakresie.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
3. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
4. ponowną ocenę ofert.

Podnosząc powyższe odwołujący podnosił, że w dniu 20 kwietnia 2018 r. otrzymał od zamawiającego pismo „Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu oferty”. W uzasadnieniu prawnym wskazano, że podstawą wykluczenia jest art. 24 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w podstawie faktycznej wykluczenia, że referencje dołączone do oferty przez odwołującego nie potwierdzają okoliczności wskazywanych w treści pisma. Takie twierdzenia zamawiającego są, zdaniem odwołującego, zupełnie niezrozumiałe. Otóż referencja jest dokumentem, który ma potwierdzić należyte wykonanie usługi wskazywanej w Wykazie usług. Wynika to wprost z brzmienia przepisu §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać wykazu usług oraz załączenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane. Z powyższego wynika wprost, w jakim celu składane są referencje i w jakim celu zamawiający może referencje składać. Zamawiający nie może w szczególności żądać, aby referencje zawierały szczegółowy opis wykonywanej usługi. Odwołujący wskazał na jednolity pogląd orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym celem złożenia referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Przytoczył w tym zakresie wyroki: wyrok z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 458/16; wyrok z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 54/15; wyrok z dnia 2 października 2014 r., sygn. akt KIO 1930/14. Jednocześnie podniósł, że analogiczne stanowisko prezentuje Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (tak w wyroku z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt V Sa/Wa 330/16). Jego zdaniem istotne jest, że przepisy ustawy Pzp nie określają wymaganej treści referencji. Jediną informacją, jaka powinna znaleźć się

w ich treści - co wynika z brzmienia powyżej zacytowanego przepisu - to potwierdzenie należytego wykonania danej usługi. A zatem sama referencja powinna identyfikować podmiot, na rzecz którego jest ona wystawiona oraz podmiot, na rzecz którego dana usługa została wykonana oraz sformułowanie, z którego można w przekonujący sposób wnioskować o należyтым wykonaniu zamówienia. Dokument referencji nie stanowi urzędowo zdefiniowanego dokumentu, zatem referencje nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z warunkiem udziału w postępowaniu. Już samo powyższe wykazuje, że wykluczenie odwołującego jest niezasadne. Zamawiający nie może z treści referencji wywodzić zakresu usług, które to usługi odwołujący wskazuje celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jeśli zamawiający miał wątpliwości co do zakresu usług, to powinien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień. Odwołujący składał już w toku postępowania wyjaśnienia. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do tego faktu, ani też do argumentacji wskazanej w wyjaśnieniach.

Stąd też odwołujący odnosi się do zarzutów zamawiającego co do treści referencji - pomimo iż uważa, że zarzuty te z przyczyn wskazanych powyżej są całkowicie niezasadne. Zamawiający w piśmie z dnia 19 kwietnia 2018 r. uzasadnił swoją decyzję w następujący sposób:

1. Referencja TPF INGENIERIE z siedzibą w Marsylii w zakresie przebudowy i rozbudowy Stadionu Delort w Marsylii nie potwierdza spełnienia przez TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w pkt V.3. pkt 1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) albowiem:
 - przedmiotem prac jest wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie przebudowy/rozbudowy istniejącego stadionu, natomiast zamawiający wymagał aby przedmiotem usług było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną (LA) z widownią na minimum 5.000 miejsc siedzących wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, co oznacza, że zakres prac objętych referencjami jest zbyt wąski;
 - dokument referencji nie potwierdza czynności w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego.

2. Referencja TPF ENGINEERING S.A. z siedzibą w Brukseli w zakresie dokumentacji projektowej budowy kompleksu sportowo-kulturalnego w Harnoncourt-Rouvroy nie potwierdza spełnienia przez TPF Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w pkt V.3. pkt 2) SiWZ, albowiem:
 - referowany obiekt nie jest halą lekkoatletyczną, a jedynie halą sportową. Zgodnie

z kategoryzacją hal według wytycznych IAAF, hala lekkoatletyczna to taka hala, która posiada bieżnię okrężną o obwodzie co najmniej 200 m;

- dokument referencji potwierdza jedynie, że zadanie TPF Engineering obejmowało projekt i nadzór nad wykonaniem instalacji branżowych w zakresie stacji transformatorowej SN, zewnętrznego przyłącza miejskiej sieci ciepłej, instalacji sanitarnych, grzewczych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, przeciwpożarowych, elektrycznych i wyposażenia kawiarni, natomiast zamawiający wymagał, aby przedmiotem usług było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej hali lekkoatletycznej (LA) z widownią na minimum 290 miejsc siedzących i powierzchni użytkowej min 5.000 m² wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Zdaniem zamawiającego, prace objęte w/w referencjami nie stanowią wykonania kompleksowej dokumentacji projektowej, a jedynie wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie instalacji branżowej, która de facto nie wyczerpuje całości dokumentacji projektowej dla powstania tego typu obiektów, co oznacza, że zakres prac objętych referencjami jest zbyt wąski.

Tymczasem odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w przedmiotowej kwestii w swoim piśmie z dnia 04 kwietnia 2018 r. i wyjaśnił, że w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który zamawiający określił jako: „W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej 1 usługę o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną (LA) z widownią na minimum 5.000 miejsc siedzących wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego,” stwierdzić należy, że zamawiający nie wskazał, iż przedmiotowa dokumentacja projektowa winna dotyczyć budowy stadionu sportowego, a jedynie sformułował warunek jako (...) wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną (LA) (...). Tak więc w ocenie odwołującego bezsprzecznym jest, iż warunek ten może zostać spełniony zarówno poprzez wykazanie się realizacją kompleksowej dokumentacji projektowej budowy, przebudowy czy też rozbudowy stadionu sportowego spełniającego pozostałe warunki wskazane przez zamawiającego. Wykonawca w wykazie usług umieścił usługę polegającą na wykonaniu kompleksowej dokumentacji projektowej przebudowy i rozbudowy stadionu Stade Delort w Marsylii oraz załączył dokument potwierdzający jej należyte wykonanie, tak więc potwierdził wykonanie usługi w zakresie wymaganym przez zamawiającego w SIWZ.

Odnosząc się do kolejnych kwestii poruszonych przez zamawiającego w piśmie z dnia 28 marca 2018 r. dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

wykonania kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego należy zauważyć, że zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wykazania 1 usługi obejmującej swym zakresem opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Usługa polegająca na wykonaniu kompleksowej dokumentacji projektowej przebudowy i rozbudowy stadionu Stade Delort w Marsylii wykazana przez odwołującego była realizowana w dwóch nierozzerwalnie ze sobą związanych etapach, w ramach jednej umowy. Etap 1 realizowany w 2011 roku obejmował opracowanie dokumentacji projektowej, zaś etap 2 obejmujący pełnienie nadzoru autorskiego podczas realizacji inwestycji był realizowany w okresie od 2012 do 2014 roku. Tak więc cała usługa (wypełniająca wymagania warunku udziału w postępowaniu) wskazana przez wykonawcę była realizowana w okresie od 2011 do 2014 roku, a więc w pięcioletnim okresie wymaganym przez zamawiającego. Ponadto wykonawca podkreśla iż zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie określił iż datą graniczną od której uznaje „ważność” usługi jest potwierdzenie wykonania tylko samej części związanej z opracowaniem dokumentacji bez zakończenia nadzoru autorskiego nad dokumentacją.

Jednocześnie odwołujący zauważa, iż dokumenty poświadczające należyte wykonanie usługi, wystawione przez podmiot trzeci, zewnętrzny mają na celu potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie, a nie literalne powtórzenie wszystkich elementów warunków udziału w postępowaniu. Zarówno dokument referencji, jak i wykaz usług, powinny być przez zamawiającego czytane łącznie i na podstawie ich łącznej treści zamawiający winien dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Taki też pogląd podziela Krajowa Izba Odwoławcza, tak np. wyrok o sygn. akt: KIO 21/18 z dnia 15 stycznia 2018 r. Odwołujący podkreślał, iż załączony dokument potwierdzający należyte wykonanie przedmiotowej usługi tj. Świadectwo Kwalifikacyjne został wystawiony przez podmiot trzeci w 2015 r. i w swojej treści wskazuje termin zakończenia inwestycji (łącznie obu etapów) na rok 2014 (oddanie do użytku). Wykonawca usługi świadczył usługi nadzoru autorskiego (będące integralną częścią umowy z inwestorem na wykonanie projektu), które to usługi polegały na stwierdzeniu w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji inwestycji z projektem, a także na uzgadnianiu możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy. Po zakończeniu świadczenia usług nadzoru autorskiego w 2014 r. Inwestor zawiadomił organy nadzoru budowlanego (La mairie de Marseille) o zakończeniu budowy. W świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu, usługa jaką winien „wykazać się” wykonawca winna dotyczyć wykonania tj. zrealizowania w okresie 5 ostatnich lat przed terminem składania ofert usługi, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego (...) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego,

zatem wprost sformułowany w SIWZ warunek obejmował łącznie oba elementy usługi to jest: wykonanie dokumentacji projektowej i świadczenie nadzoru autorskiego i z jego brzmienia wynika, iż przedmiotem usługi miało być wykonanie i dokumentacji projektowej i nadzoru autorskiego - czytanych łącznie jako jedna usługa - w okresie 5 lat przed terminem składania ofert. Tak więc usługa ta potwierdza, iż poza opracowaniem kompleksowej dokumentacji projektowej w roku 2011, której wykonanie trwało 12 miesięcy - odwołujący kontynuował swoją usługę podczas realizacji inwestycji, aż do roku 2014.

Odnosząc się z kolei do kwestii ilości miejsc siedzących Stadionu Delort w Marsylii zauważył, że załączona referencja w sposób precyzyjny wskazuje, iż w/w stadion posiada trybunę główną o pojemności 2300 miejsc z możliwością zwiększenia liczby miejsc do 4000 oraz 2 trybuny o liczbie miejsc 1200 oraz 1300. Biorąc pod uwagę brzmienie warunku udziału w postępowaniu - wykonanie projektu stadionu z widownią na minimum 5.000 miejsc siedzących, gdzie zamawiający nie doprecyzował, czy miejsca siedzące mają być w postaci trybun stacjonarnych, demontowalnych czy mobilnych (jezdne czy teleskopowe). A zatem w świetle tak postawionego warunku należy dopuścić każdą z w/w możliwości. W przedmiotowej usłudze bezsprzecznym jest, że obiekt posiada zaprojektowaną możliwość zwiększenia miejsc siedzących na trybunie głównej do 4000 (trybuny mobilne). Odwołujący pragnie również podkreślić, iż takie rozwiązanie charakteryzuje się dużo większym skomplikowaniem inwestycji pod względem technicznym niż standardowa trybuna stacjonarna. Tak więc w optymalnym układzie stadion posiada 6500 miejsc siedzących i do obsługi takich imprez sportowych jest przygotowany, a więc znacznie więcej niż jest to wymagane przez zamawiającego.

W zakresie punktu 2: [...] W zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który zamawiający określił jako: „W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej 1 usługę, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej hali lekkoatletycznej (LA) z widownią na minimum 290 miejsc siedzących i powierzchni użytkowej min 5.000 m² wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego” podnosił, że w nomenklaturze budowlanej jak również prawie budowlanym brak jest literalnej definicji hali lekkoatletycznej. Zamawiający też nie określił takiej definicji w SIWZ. Stąd błędnym jest przyjęcie, iż halą lekkoatletyczną będzie taki kryty obiekt sportowy, który umożliwi trenowanie wyłącznie treningów lekkoatletycznych oraz odbywanie zawodów w dyscyplinach wyłącznie lekkoatletycznych. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał, iż taka hala ma być wyłącznie do organizacji treningów i zawodów lekkoatletycznych. Stąd przedmiotowy warunek wypełnia każda hala w której jest możliwość zorganizowania treningów bądź zawodów

lekkoatletycznych, w tym też i hala multisport - a zatem obiekt wszechstronny służący do uprawiania i trenowania różnych dyscyplin sportu, także lekkoatletycznych. Ponadto zwracał uwagę, że najnowocześniejsze obiekty, goszczące imprezy rangi mistrzowskiej z zakresu lekkoatletyki są właśnie obiektami multisport. Są to hale sportowo - widowiskowe z funkcją lekkoatletyczną (a zatem wobec braku legalnej definicji można je określić także mianem hali lekkoatletycznej). Za doskonały przykład może posłużyć hala sportowo - widowiskowa w Toruniu. Oprócz funkcji lekkoatletycznej hala umożliwia organizację innych imprez takich jak mecz piłki ręcznej, siatkówki czy też koszykówki. Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku hali w Rouvroy - Harnoncourt, która poza tym, że wyposażona jest m.in. w bieżnię, skocznnię w dal, skocznnię wzwyż, boisko do rzutów umożliwia również organizację innych imprez poza imprezami lekkoatletycznymi. Jeżeli zamawiający chciałby aby hala lekkoatletyczna obejmowała takie czy inne elementy, jak boiska czy skocznie o konkretnych parametrach, winien takie skonkretyzowane elementy zawrzeć w SIWZ. Wobec braku takich zapisów zamawiający nie może ich wymagać na obecnym etapie postępowania.

W odniesieniu do okresu świadczenia przedmiotowej usługi - podobnie jak w przypadku usługi projektowej Stadionu w Marsylii - także ta usługa była realizowana w kilku etapach. Etap 1 realizowany był w latach 2004 - 2011 i obejmował opracowanie dokumentacji projektowej, zaś etap 2 - będący integralną częścią przedmiotowej usługi - obejmował pełnienie nadzoru autorskiego podczas realizacji robót i był realizowany w latach 2012 - 2015. Tak więc usługa wskazana przez odwołującego była wykonana w okresie od 2004 do września 2015 r („data przekazania prac”), a więc w pięcioletnim okresie wymaganym przez zamawiającego. Postawiony warunek brzmi: wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert usługę, której przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowej hali lekkoatletycznej (...) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, Stąd nie było doprecyzowania w SIWZ, aby sam okres projektowania był oddzielną usługą, która zakończyłaby się nie później niż przed upływem ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Wobec wyżej cytowanego warunku w SIWZ przedstawiona usługa wypełnia postawiony warunek w w/w zakresie. Odnosząc się do zakresu wykonanej usługi wykonawca potwierdził, iż usługa wykonana na rzecz Samorządu Rouvroy - Harnoncourt polegała na wykonaniu kompleksowej dokumentacji projektowej kompleksu sportowo - kulturalnego - hali sportowej z funkcją lekkoatletyczną, co przedstawił w wykazie usług. Dokument załączonej referencji - Świadectwo poprawności wykonania - potwierdza należyte wykonanie przedmiotowej usługi, a nie jej kompletny zakres. Zakres usługi został wskazany w wykazie usług. Powyższe zgodne jest z utrwaloną linią orzecznictwem KIO, która stanowi, iż zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle

wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy. Dodatkowo zwrócił uwagę, iż w przypisie nr 2 pod wykazem usług (wzorem dołączonym do SIWZ - zał. 6), gdzie zamawiający wskazał „Dokumenty (referencje, bądź inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót winny być przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Dokumenty winny być podpisane przez osobę/ osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu wystawiającego je, muszą posiadać datę ich wystawienia, określać wartość wykonanych usług i zawierać potwierdzenie należytego wykonania. Dokumenty te mogą być przedstawione w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.” Zatem sam zamawiający we wzorze dokumentów wymagał aby referencja potwierdzała wyłącznie należyte wykonanie usługi, a nie jej szczegółowy zakres, który wykonawca winien podać w wykazie usług. Odwołujący jednocześnie potwierdza, że hala sportowa wchodząca w skład kompleksu posiada widownię na ponad 290 miejsc siedzących, w skład której wchodzi trybuna główna oraz trybuny mobilne - teleskopowe. Informacja ta została zawarta przez wykonawcę w wykazie usług. Fakt, iż w referencji brak jest wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu nie oznacza, iż przedstawiona usługa nie wypełnia postawionych warunków. Przedstawione dokumenty trzeba oceniać łącznie z oświadczeniem wykonawcy, jakim jest w tym przypadku wykaz usług. Zawarta w referencji informacja o liczbie miejsc w sali wykładowej jest informacją dodatkową i nie ma wpływu na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. [...] Dodatkowo na prośbę zamawiającego odwołujący, w piśmie z dnia 17 kwietnia 2018 r. wyjaśnił, że: kompleks sportowo-kulturalny w Harnoncourt-Rouvroy jest wyposażony w prostą bieżnię o długości 60 m.; dokumentacja projektowa w/w hali przewiduje widownię na ponad 290 miejsc siedzących.

Zamawiający, w dniu 8 maja 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 15 maja 2018 r., przed otwarciem posiedzenia, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do postawionego przez odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w zakresie w jakim dotyczył on wykonania kompleksowego projektu stadionu z funkcją lekkoatletyczną, wskazywał że zamawiający wymagał w pkt V ust.

3 pkt 1 SIWZ, aby wykonawca legitymował się wykonaniem usługi projektowej w zakresie kompletnego projektu, umożliwiającego wykonanie stadionu sportowego z funkcją lekkoatletyczną od podstaw, a nie jakiegokolwiek części tego obiektu. Jego zdaniem przemawiają za tym następujące argumenty: z językowego brzmienia wynika, że zamawiający wymagał kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego, posiadającej funkcję lekkoatletyczną a z definicji pojęcia „kompleksowy” (słownik języka polskiego pod adresem www.sjp.pwn.pl) że jest to: obejmujący całość elementów lub zagadnień a nie tylko ich fragment. Mając na uwadze, że pojęcie kompleksowej dokumentacji odniesiono do „stadionu sportowego” należy przyjąć, że chodzi tu o dokumentację projektową, która dotyczy całości elementów stadionu sportowego, a nie jedynie ich fragment. Ponadto podkreślał, że rozumienie pojęcia „kompleksowy” było jasne dla wszystkich wykonawców przed złożeniem oferty, nikt też nie złożył odwołania w tym zakresie. Ponadto warunek udziału w postępowaniu należy interpretować z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), albowiem celem zastrzeżenia warunku udziału w postaci doświadczenia jest wyłonienie wykonawcy, który będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. W tym przypadku przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu budowy stadionu sportowego z funkcją lekkoatletyczną i wyłączone wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej w zakresie budowy stadionu sportowego z funkcją lekkoatletyczną gwarantuje zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia. Gdyby rozumieć ten warunek tak jak tego chce odwołujący, wykonawca mógłby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na usługę projektu budowy stadionu wykazując się doświadczeniem zupełnie nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia np. wykonania dokumentacji przebudowy jedynie małej części tego stadionu np. pomieszczeń zaplecza sportowego, a taki wykonawca nie będzie w stanie należycie zrealizować przedmiotu zamówienia. Tym samym referencja przedłożona przez zamawiającego nie potwierdza, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie. Ponadto, z racji tego, że nie zawiera ona w swojej treści stwierdzenia, że w zakresie realizowanego zamówienia znajdowało się również pełnienie nadzoru autorskiego, uniemożliwiło to zamawiającemu zidentyfikowania wykazanej usługi.

W zakresie zarzutu, w jakim dotyczył on wykonania kompleksowego projektu hali lekkoatletycznej, wskazywał że zamawiający wymagał w pkt V ust. 3 pkt 2 SIWZ, aby wykonawca zrealizował projekt hali lekkoatletycznej a nie jakiegokolwiek hali sportowej z funkcją lekkoatletyczną. Wskazywał, że jeden z wykonawców zwracał się do zamawiającego z zapytaniem, wnosząc o zmianę warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, na co zamawiający nie wyraził zgody. Również w tym zakresie podkreślał

znaczenie OPZ dla interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Zadaniem wykonawcy jest w tym przypadku zaprojektowanie hali lekkoatletycznej kat. I, co oznacza m. in. halę, która posiada bieżnię okrężną o obwodzie co najmniej 200 m. Ponadto z referencji dot. poz. 2 wykazu, dla przedmiotowego projektu, wynika że odwołujący wykonał projekt i nadzorował jedynie wykonanie instalacji branżowych, natomiast kompleksowy zakres projektu jest szerszy, co tym samym nie spełnia warunku polegającego na wykonaniu „kompleksowej dokumentacji projektowej”.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jako nie dotyczącego warunków udziału w postępowaniu a treści składanych ofert. Co do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp uznał te zarzuty za nieuzasadnione w treści odwołania, a zatem jako takie nie mogące być przedmiotem rozpoznania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta odwołującego została w tym postępowaniu oceniona jako najkorzystniejsza, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W wyniku dokonanej przez zamawiającego czynności wykluczenia go z postępowania i następczego odrzucenia jego oferty, został pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii

potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści pytań do SIWZ i odpowiedzi na nie, treści pism kierowanych do odwołującego w postępowaniu oraz odpowiedzi na nie. Izba uwzględniła dowód zgłoszony przez zamawiającego i przedłożony na rozprawie w postaci wyciągu z dokumentu w postaci wytycznych wydanych przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych dla halowych meetingów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w Sekcji II Ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.1.4), jest usługa wykonania dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej oraz świadczenie usługi nadzoru autorskiego w zakresie wykonanej dokumentacji projektowej, w czasie realizacji inwestycji. Zakres zadania zamawiający podzielił na dwa etapy: etap A – projekt hali lekkoatletycznej wraz ze strzelnicą sportową i niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową; etap B – projekt stadionu lekkoatletycznego kat. IIIA z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową.

W Rozdziale III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł ponadto następujące informacje w zakresie zamówienia, które realizował będzie wyłoniony w przetargu wykonawca:

etap A – projekt hali lekkoatletycznej wraz ze strzelnicą sportową i niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową:

1. Likwidacja, przebudowa lub zabezpieczenie istniejącej infrastruktury kolidującej z inwestycją: sieci kanalizacji deszczowej, sieci wodociągowej, sieci elektrycznej: linia napowietrzna, infrastruktura podziemna, sieci teletechnicznej, sieci cieplnej, układu dróg, chodników, części bieżni rolkowiska, infrastruktury sportowej, nasypów ziemnych wraz z trybunami stadionu;
2. Hala lekkoatletyczna kat. I z widownią na około 290 osób (należy uwzględnić możliwość rozszerzenia ilości miejsc do 600) wraz ze strzelnicą sportową;

3. Infrastruktura techniczna i drogowa niezbędna do funkcjonowania hali lekkoatletycznej wraz ze strzelnicą sportową.

etap B – projekt stadionu lekkoatletycznego kat. III A z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową:

1. Likwidacja, przebudowa lub zabezpieczenie istniejącej infrastruktury kolidującej z inwestycją: sieci kanalizacji deszczowej, sieci wodociągowej, sieci elektrycznej: linia napowietrzna, infrastruktura podziemna, sieci teletechnicznej, sieci ciepłej, układu dróg, chodników, części bieżni rolkowiska, infrastruktury sportowej, nasypów ziemnych wraz z trybunami stadionu;
2. Stadion lekkoatletyczny kat. III A z widownią na około 1200 osób z możliwością rozbudowy do 4500 osób;
3. Infrastruktura techniczna i drogowa niezbędna do funkcjonowania stadionu lekkoatletycznego kat. III A.

W dalszej części OPZ zamawiający zawarł informację, że „W zakresie przedmiotu zamówienia jest zaprojektowanie stadionu lekkoatletycznego wraz z halą lekkoatletyczną oraz strzelnicą sportową wraz z opisanymi w PFU (Program Funkcjonalno-Użytkowy) funkcjami, obiektami budowlanymi, wykonanie projektu wszystkich przyłączy infrastruktury oraz komunikacji kołowej (dróg i parkingów) oraz z przyłączeniem terenu do układu dróg publicznych. W zakresie przedmiotu zamówienia jest uzyskanie pozwolenia/ pozwoleń na budowę lub wykonanie zgłoszenia robót z podziałem na etapy A i B, a także uzgodnienie dokumentacji ze wszystkimi wymaganymi przez przepisy instytucjami, organizacjami sportowymi, gestorami sieci i rzeczoznawcami w tym m.in.: pod względem bhp., p.poż., przepisów sanitarno-epidemiologicznych, warunków przyłączenia, zgodności z wymaganiami PZLA dla stadionów LA kategorii III A i IAAF oraz innych obowiązujących przepisów dla tego typu inwestycji. W przypadku, gdy część projektowanych elementów będzie znajdowała się poza działkami wskazanymi w PFU w zakresie zamówienia jest również uzgodnienie projektów z właścicielami działek i uzyskanie pozwolenia do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane. (...) W zakresie przedmiotu zamówienia leży także zaprojektowanie wyposażenia wymaganego do funkcjonowania obiektu i uzyskania certyfikatów organizacji sportowych dla stadionów LA kategorii III A”. W Programie Funkcjonalno-Użytkowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ zamawiający zawarł analogiczne wymagania.

W rozdziale V SIWZ zamawiający opisał Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, następnie zmodyfikował je pismem z dnia 1 lutego 2018 r. (pkt 20). Zgodnie z pkt V ust. 3 SIWZ zamawiający uzna spełnienie ww. warunku, jeżeli wykonawca wykaże, że:

pkt 1) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 1 mln. zł. brutto, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną (LA) z widownią na minimum 5 tys. miejsc siedzących wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego;

pkt 2) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej jednego obiektu hali lekkoatletycznej z widownią na minimum 290 miejsc siedzących i powierzchni użytkowej min. 8000 m² wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego.

W dniu 9 marca 2018 r. odwołujący przedłożył wykaz usług w którym wskazał 3 pozycje. Do niniejszego wykazu załączył 2 referencje. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do: złożenia wykazu usług w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V.3. pkt 1) oraz pkt 2) SIWZ oraz złożenia dowodów określających czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W piśmie wskazał powody, dla których w ocenie zamawiającego referencje przedłożone przez odwołującego nie potwierdzają spełnienia przez niego opisywanych warunków.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. odwołujący przekazał zamawiającemu wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, zgodnie z treścią wezwania zamawiającego, przedstawiając jednocześnie wyjaśnienia odnoszące się do zastrzeżeń sformułowanych przez zamawiającego. W złożonym wykazie odwołujący zawarł następujące usługi:

1. Kompleksowa dokumentacja projektowa przebudowy i rozbudowy stadionu Stade Delort w Marsylii wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Stadion posiadający funkcję lekkoatletyczną oraz trybuny o pojemności ponad 5 tys. miejsc siedzących. Wartość usługi ponad 1 mln. zł.;
2. Kompleksowa dokumentacja projektowa budowy kompleksu sportowo-kulturalnego składającego się między innymi z hali sportowej z funkcją lekkoatletyczną w Harnoncourt-Rouvroy wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Obiekt o powierzchni użytkowej ponad 5 tys. m² oraz widowni ponad 290 miejsc;

oraz przedłożył następujące dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie: świadectwo kwalifikacyjne z którego wynika, że firma TPF INGINIERIE wykonała prace polegające na przebudowie i rozbudowie stadionu Delort w Marsylii – wielobranżowy projekt konstrukcji

i instalacji technicznych, w treści którego znajduje się informacja, że „opisane zadania zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki i zaaprobowane przez Nadzór Robót”; świadectwo poprawności wykonania dla zadania dotyczącego kompleksu sportowo-kulturalnego składającego się między innymi z hali sportowej z funkcją lekkoatletyczną w Harnoncourt-Rouvroy wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego.

W dniu 12 kwietnia 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego dokumentu referencji wystawionej dla referencji TPF ENGINEERING SA z siedzibą w Brukseli w zakresie dokumentacji projektowej budowy kompleksu sportowo-kulturalnego w Harnoncourt-Rouvroy i złożenie oświadczenia czy określona w ww. referencjach hala sportowa posiada bieżnię okrężną o obwodzie co najmniej 200 m² oraz czy dokumentacja projektowa przewiduje widownię na minimum 290 osób. W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 17 kwietnia 2018 r. udzielił wyjaśnień w żądanym zakresie potwierdzając, że dokumentacja przewiduje widownię na ponad 290 miejsc siedzących a będący przedmiotem zamówienia kompleks sportowo-kulturalny jest wyposażony w prostą bieżnię o długości 60 m.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawcę, że wyklucza go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na to, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V.3. pkt 1) oraz pkt 2) SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu a także nie złożył wymaganych dokumentów, zgodnie z wezwaniem skierowanym do wykonawcy z dnia 27 marca 2018 r. W ocenie zamawiającego:

1. Referencja TPF INGENIERIE z siedzibą w Marsylii w zakresie przebudowy i rozbudowy Stadionu Delort w Marsylii nie potwierdza spełnienia przez odwołującego warunku, o którym mowa w pkt V.3 pkt 1) SIWZ albowiem przedmiotem prac jest wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie przebudowy/ rozbudowy istniejącego stadionu, natomiast zamawiający wymagał, aby przedmiotem usług było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną (LA) z widownią na minimum 5 tys. miejsc siedzących wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, co oznacza, że zakres prac objętych referencjami jest zbyt wąski, ponadto dokument referencji nie potwierdza czynności w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego;
2. Referencja TPF ENGINEERING SA z siedzibą w Brukseli w zakresie dokumentacji projektowej budowy kompleksu sportowo-kulturalnego w Harnoncourt-Rouvroy nie potwierdza spełnienia przez odwołującego warunku, o którym mowa w pkt V.3 pkt 2) SIWZ albowiem referowany obiekt nie jest halą lekkoatletyczną, a jedynie halą sportową. Zgodnie z kategoryzacją hal wg wytycznych IAAF hala lekkoatletyczna to taka hala, która

posiada bieżnię okrężną o obwodzie co najmniej 200 m., ponadto dokument referencji potwierdza jedynie, że zadanie obejmowało projekt i nadzór nad wykonaniem instalacji branżowych, podczas gdy zamawiający wymagał, aby przedmiotem usługi było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej hali lekkoatletycznej (LA) z widownią na minimum 290 miejsc siedzących i powierzchni użytkowej 5 tys. m² wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Instalacja branżowa nie wyczerpuje całości dokumentacji projektowej dla obiektu co oznacza, że zakres prac objętych referencjami jest zbyt wąski.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż zgodnie z normą art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają ogólnie w tym przepisie określone warunki udziału w postępowaniu. Wśród nich został wymieniony ten dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zważywszy jednak, iż każde postępowanie o zamówienie publiczne różni się od siebie pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności, w prowadzonym postępowaniu konieczna jest konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału, o których stanowi cytowany przepis. Niewątpliwie opisanie warunku udziału w postępowaniu należy do czynności bardzo trudnych, a zarazem niezwykle istotnych uwzględniając fakt, iż to opisane przez zamawiającego warunki kształtują krąg podmiotów, które będą mogły ubiegać się o realizację zamówienia. W konsekwencji ma zatem bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

W tym kontekście wymaga również podkreślenia, iż celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Jednym z instrumentów, w który ustawodawca wyposażył zamawiającego umożliwiając mu realizację wskazanego założenia, jest kształtowanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu ma obowiązek ich określenia w sposób jasny i precyzyjny. Na ten obowiązek często zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, tak na przykład w uzasadnieniu wyroku z dnia

26 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 879/13) stwierdzając, że „Właściwe sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sam zamawiający mogli ocenę ich spełnienia przeprowadzić na zasadzie spełnia- nie spełnia”. W orzecznictwie Izby utrwalone jest także stanowisko, że co do zasady opis sposobu oceny spełnienia warunku należy interpretować literalnie, przy czym dopuszczalne jest - jeśli okaże się to konieczne - uwzględnienie wskazówek interpretacyjnych wynikających z tego, że taki opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Jednakże, jeśli opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny lub niejasny, to nie powinno to rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców. W takim przypadku warunek należy interpretować na korzyść wykonawcy, który w dobrej wierze podjął się wykazania jego spełnienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie go z postępowania pomimo, że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z treści zawiadomienia o wykluczeniu z dnia 19 kwietnia 2018 r. wynika, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem oraz nie złożył dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, zgodnie z treścią warunku opisanego przez zamawiającego w SIWZ, o którym mowa w pkt V.3. pkt 1) oraz pkt 2). W uzasadnieniu faktycznym natomiast zamawiający podnosił, że warunek dotyczący: „wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej 1 usługę o wartości nie mniejszej niż 1 mln. zł brutto, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną (LA) z widownią na minimum 5.000 miejsc siedzących wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nie został spełniony, albowiem z treści referencji złożonej na potwierdzenie wykazania się doświadczeniem w tym zakresie wynika, że przedmiotem zamówienia było wykonanie dokumentacji w zakresie przebudowy i rozbudowy istniejącego stadionu w Marsylii nie zaś wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej stadionu sportowego posiadającego funkcję lekkoatletyczną z widownią na min 5 tys. miejsc oraz pełnienie nadzoru autorskiego, co oznacza, że zbyt wąski jest zakres prac objętych referencjami. Zarzucił on ponadto odwołującemu, że treść listu referencyjnego nie obejmuje pełnienia nadzoru autorskiego.

W tym zakresie Izba w pierwszej kolejności pragnie zauważyć, iż katalog dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określa §2 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) – dalej „Rozporządzenie”. Jego analiza wskazuje, że podstawowym dokumentem potwierdzającym doświadczenie wykonawcy w zakresie zrealizowanych usług jest wykaz tych usług. W przepisie tym czytamy, że załącznikiem do niniejszego wykazu są dowody, określające czy zostały one wykonane należycie, dowodami zaś mogą być referencje bądź też inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane. Z treści Rozporządzenia wynika zamknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy w tym zakresie i jako dokument ten wskazuje wykaz zrealizowanych usług. Referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SIWZ precyzuje najczęściej jakie informacje winny znaleźć się w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne, jeśli jego celem jest możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w sposób opisany przez zamawiającego. Adresatem, do którego kierowane są wytyczne w tym zakresie jest podmiot składający ofertę. Niedopuszczalnym jest natomiast aby w treści SIWZ zamawiający precyzował jaki zakres informacji winien znajdować się w treści załączników do wykazu. Ustawodawca pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcy. Rozporządzenie stanowi, że załącznikami do wykazu mogą być referencje, bądź też inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego zamówienia były wykonywane oraz określa ich minimalną zawartość. Jest tak dlatego, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania usług są, w przeciwieństwie do wykazu, dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego, to od niego zależy treść oraz zakres informacji na temat wykonanego zamówienia.

Zamawiający, wskazując faktyczne przyczyny wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odnosił się do treści złożonych przez niego referencji, co już samo w sobie stanowi podstawę do kwestionowania dokonanej przez zamawiającego czynności. W związku ze sformułowanymi przez odwołującego zarzutami Izba, wydając orzeczenie, wzięła pod uwagę zastrzeżenia zamawiającego formułowane w zakresie informacji zawartych w listach referencyjnych, albowiem dotyczą kwestii rozumienia oraz oceny spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu i stanowiły

podstawę podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nieuprawniony jest zarzut zamawiającego odnośnie tego, iż w liście referencyjnym nie znalazło się potwierdzenie, że nie sprawował on nadzoru autorskiego na tym projekcie. W wykazie usług odwołujący wskazał, że świadczona przez niego usługa projektowa obejmowała nadzór autorski a zatem, z wyżej omówionych przyczyn, zamawiający nie miał podstaw dla wykluczenia odwołującego z postępowania z tego tylko powodu, że potwierdzenie tego faktu nie znalazło się w treści referencji. Odnosząc się natomiast do zakresu zrealizowanej usługi a zatem: czy spełnieniem tak opisanego warunku będzie zarówno wykonanie dokumentacji projektowej dla budowy jak też rozbudowy czy przebudowy stadionu, w ocenie Izby, w świetle sformułowanych warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt V.3 pkt 1) SIWZ, należy doświadczenie w tym zakresie uznać za równorzędne. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, który odnosi kwestię doświadczenia wykonawcy wprost do opisu przedmiotu zamówienia. Fakt, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej dla budowy nowego stadionu nie przesądza, że wyłącznie legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu dokumentacji dla budowy nowego obiektu spełnia wymóg w postaci „wykonania kompleksowej dokumentacji stadionu sportowego”. Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu i nie sformułował warunku w taki sposób, że jedynie wykonawca, który posiada doświadczenie w realizacji dokumentacji projektowej dla budowy nowego stadionu spełni warunek legitymowania się stosownym doświadczeniem. Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ustawy Prawo budowlane „budowa” to nie tylko wzniesienie nowego obiektu, ale też rozbudowa, nadbudowa oraz odbudowa budynku. Dla każdego typu budowy niezbędne jest między innymi przygotowanie projektu budowlanego. Ustawa Prawo budowlane traktuje je zatem równorzędnie.

Zamawiający na etapie oceny ofert dokonuje nieuprawnionej interpretacji w zakresie sformułowanych przez siebie wymogów. Tymczasem w kwestii poszerzania znaczenia sformułowanych zapisów SIWZ na etapie oceny ofert, tak jednolicie ukształtowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wyroki sądów okręgowych wskazują, że wszelkie wątpliwości, takie jak w przedmiotowym postępowaniu, powstałe na tle swobodnej interpretacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu dopiero na etapie oceny ofert, muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną, która po stronie zamawiającego powoduje powstanie zobowiązania. Od tego momentu jest on związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy, opisanego w SIWZ. A zatem precyzyjne

i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich ściśle interpretowanie i przestrzeganie stanowi jedną z podstawowych gwarancji czy wręcz jest warunkiem niezbędnym dla realizacji zasady opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niczym nieuzasadnione są również twierdzenia zamawiającego, że dokumentacja projektowa w zakresie przebudowy i rozbudowy stadionu, którą zrealizował odwołujący, nie ma charakteru kompleksowego, albowiem nie dotyczy wszystkich elementów składających się na zaprojektowanie tego obiektu. Z tym poglądem nie sposób zgodzić się z tej przyczyny, że pojęcie kompleksowy należy w tym przypadku odnosić do zakresu jakiego dotyczyło dane zamówienie, a zatem do przebudowy czy też rozbudowy stadionu, czyli kompleksowego charakteru tego właśnie zadania. Należy również zauważyć, że zamawiający w treści warunku wskazał, że zrealizowana usługa musi mieć wartość nie mniej niż 1 mln zł., tym samym nie można uznać argumentacji zamawiającego, że w sytuacji skrajnej, przyjmując takie rozumienie tego warunku, wystarczyłoby aby wykonawca wylegitymował się doświadczeniem w wykonaniu dokumentacji dla przebudowy zaledwie fragmentu stadionu np. zaplecza sportowego, gdyż nie spełniłby wówczas wymogu w zakresie minimalnej wartości usług.

Tym samym należy uznać, że w zakresie w jakim odwołujący wykazał się realizacją kompleksowej dokumentacji projektowej dla przebudowy i rozbudowy stadionu Stade Delort w Marsylii, wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego oraz przedłożył świadectwo kwalifikacyjne, z którego wynika, że „opisane zadania zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki i zaaprobowane przez nadzór robót” potwierdził on spełnienie warunku opisanego przez zamawiającego w pkt V.3 pkt 1) SIWZ.

Odnosząc się natomiast do zastrzeżeń formułowanych w zakresie treści referencji dla warunku polegającego na tym, że wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej 1 usługę, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej hali lekkoatletycznej (LA) z widownią na minimum 290 miejsc siedzących i powierzchni użytkowej min 5.000 m² wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego” Izba, w pierwszej kolejności odnosząc się do opisanego zakresu zrealizowanego zamówienia, nie powtarzając argumentacji odnoszącej się do tego, iż dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest wykaz a nie referencja wskazuje, iż treść złożonego przez odwołującego w Wykazie usług oświadczenia potwierdza, iż zrealizował on

dokumentację w pełnym zakresie. W sytuacji, gdy zamawiający na etapie oceny oferty inaczej odczytywał treść referencji stwierdzając, po jej analizie, że występuje sprzeczność pomiędzy zakresem wskazanym w wykazie a treścią listu referencyjnego winien, co wskazywał odwołujący, wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jednakże, w ocenie Izby, w omawianym przypadku taka sprzeczność nie występuje.

Natomiast w zakresie, w jakim zamawiający uznał, że zamówienie wskazane przez odwołującego nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu albowiem wskazany obiekt nie jest halą lekkoatletyczną Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że pojęcia „hala lekkoatletyczna” czy „hala sportowa” nie mają swoich definicji legalnych ani w Prawie budowlanym ani też w żadnym innym przepisie. Jeśli zamawiający chciał nadać temu pojęciu określone znaczenie, czy też wskazać, że hala ta obejmować ma konkretne elementy czy też bieżnię o określonych parametrach winien to uczynić zawierając taki dodatkowy opis w SIWZ. Formułując treść warunku w taki sposób, że wykonawca miał zrealizować usługę polegającą na „wykonaniu kompleksowej dokumentacji hali lekkoatletycznej” dopuścił tym samym możliwość legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu projektu hali, w której możliwe będzie trenowanie i organizowanie zawodów w dyscyplinach lekkoatletycznych, ale nie wyłącznie w nich. Zamawiający swoje stanowisko opiera na nieistniejącej definicji, sam wykazując się niekonsekwencją w swojej argumentacji. Z jednej strony bowiem twierdzi, że dla każdego profesjonalisty jasnym jest, że hala lekkoatletyczna to zupełnie inny obiekt niż hala sportowa, z drugiej zaś w sytuacji, gdy odwołujący wykazuje się doświadczeniem w realizacji hali sportowej wzywa go do udzielenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4, w zakresie czy hala ta posiadała określone parametry. Sam zatem dopuszcza, że w pewnych sytuacjach obiekt nazywany halą sportową może mieć cechy odpowiadające hali lekkoatletycznej i uzależnia to od tego czy obiekt posiada bieżnię okrężną o obwodzie co najmniej 200 m.

Zamawiający, również w odniesieniu do tego obiektu odnosi się do OPZ, zawartego w SIWZ podnosząc, że zadaniem wybranego wykonawcy będzie wykonanie dokumentacji projektowej dla hali lekkoatletycznej kat. I, co przesądza o rozumieniu treści warunku udziału w postępowaniu. Przedstawiony przez niego wyciąg z wytycznych Międzynarodowego Stowarzyszenia Federacji Lekkoatletycznych definiuje halę lekkoatletyczną jako obiekt, którego „arena powinna obejmować 200-metrową owalną bieżnię (standardowy dystans halowych bieżni) składającą się z dwóch prostych i dwóch lekko pochyłych wiraży; w środku znajduje się bieżnia do biegów sprinterskich i biegów przez płotki, rozbieg oraz zeskok do skoku wzwyż, skok o tyczce, skok w dal oraz trójskok jak również koło i miejsce lądowania do pchnięcia kulą”. Z tego powodu, jego zdaniem, odwołujący winien wykazać się doświadczeniem w projektowaniu hali, w której przewidziano bieżnię owalną o długości

200 m". Również w tym zakresie zamawiający dokonuje nieuprawnionej, albowiem nie znajdującej potwierdzenia w zapisach SIWZ, interpretacji warunków udziału w postępowaniu. Fakt, iż w opisie przedmiotu zamówienia znalazły się wymagania odnośnie tego, że wyłoniony w przetargu wykonawca będzie zobligowany wykonać obiekt o określonych parametrach, zgodny z wytycznymi, a następnie uzgodnić dokumentację ze wszystkimi wymaganymi przez przepisy instytucjami i organizacjami sportowymi, nie może wprost przekładać się na kwestię rozumienia warunku w zakresie doświadczenia.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, w zakresie w jakim odwołujący wykazał się realizacją kompleksowej dokumentacji projektowej hali sportowej Arena of Aixen-Provence, wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (obiekt umożliwia przeprowadzenie zawodów lekkoatletycznych) oraz przedłożył świadectwo poprawności wykonania potwierdził on spełnienie warunku opisanego przez zamawiającego w pkt V.3 pkt 2) SIWZ.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....