

WYROK
z dnia 26 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **SALTEX EUROPA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Goleniów, Plac Lotników 1, 72-100 Goleniów,**

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

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SALTEX EUROPA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SALTEX EUROPA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy SALTEX EUROPA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław, na rzecz zamawiającego - Gmina Goleniów, Plac Lotników 1, 72-100 Goleniów kwotę **3 600zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotychzero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający- Gmina Goleniów- prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn. „Modernizacja stadionu miejskiego w Goleniowie poprzez przebudowę bieżni lekkoatletycznej oraz kanalizacji deszczowej odwadniającej bieżnię wraz z realizacją sieci nagłośnienia i sieci telemetrycznej”, o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

II. Odwołujący - SALTEX EUROPA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - wniósł w dniu 13 czerwca 2014 r., na podstawie przepisów art. 180 ust. 1 i 2 pkt 3 i 4 Pzp, odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego dokonanej w dniu 9 czerwca 2014 r. i polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w konsekwencji powyższego na odrzuceniu oferty wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty i wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes *prawny* w złożeniu odwołania, bowiem uwzględnienie odwołania pozwoli na ponowną ocenę jego oferty i uzyskanie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

W dniu 12.05.2014 r. odwołujący złożył ofertę. W dniu 15 maja 2014 r. odwołujący uzupełnił ofertę o brakujące dokumenty, w dniu 4 czerwca 2014 r. udzielił wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wskazując m.in., że zakres prac wykonywanych przez firmę King Arthur Industries Co Ltd. (podmiotu udzielającego odwołującemu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia) polegał na budowie bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej o łącznej powierzchni 15 000 m², Firma King Arthur Industries Co Ltd. nie była wykonawcą całego projektu budowy/przebudowy tego stadionu. Firma King Arthur Industries Co Ltd. pełniła funkcję podwykonawcy przy budowie bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej o łącznej powierzchni 15 000 m². Pismem z dnia 9 czerwca 2014

r.zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego wskazał, że zamawiającynie powołał się na jakiegokolwiek inne powody wykluczenia, a zatem odwołanie ograniczone zostanie jedynie do kwestii stanowiącej podstawę wykluczenia.

Zgodnie z treścią opisu 5.2.1 SIWZ zamawiającywskazał, jako warunek udziału w postępowaniu (w zakresie wiedzy i doświadczenia) obowiązek wykazania robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, polegających na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tzn. roboty obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości minimum 3 000 m². Zgodnie z treścią załączonej referencji BeijingPanchina Sports Development Co Ltd.,odwołujący potwierdził, że podmiot, z którego doświadczeniaodwołujący zamierza skorzystać, wykonał na projekcie pod nazwą ZIBO STADIUM RunningTrack in ZIBO City, ShanTung, China prefabrykowaną bieżnię kauczukową 400 m, o powierzchni 15 000 m². Z uwagi na fakt, że zamawiającynie pofatygował się by przedstawić jakiegokolwiek uzasadnienie podjętej przez siebie decyzji,odwołujący domniemuje powody, którymi kierowano się podejmując decyzję o wykluczeniu*złożonej przez niego oferty.*

W ocenie odwołującego, jak wskazano powyżej (z uwagi na brak jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia podjętej decyzji opartej jedynie na domyśle), odwołujący zakłada, że decyzja zamawiającego oparta została na fakcie, iż złożone przez niego referencje dotyczą wykonania prefabrykowanej bieżni kauczukowej, a nie budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej. Założenie takie nie jest jednak prawidłowe. Niewątpliwie, referencje złożone przez odwołującego dotyczyły realizacji części projektu (w ramach podwykonawstwa) obejmującego swoim zakresem wykonanie stadionu lekkoatletycznego. Odwołujący podkreślił, że zamawiającyopisując warunek udziału w postępowaniu nie określił (poza wykonaniem bieżni kauczukowej) jakichkolwiek elementów objętych zakresem budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego. Składając ofertę potencjalny wykonawca winien złożyć takie referencje, które wykazywałyby na wykonanie tego właśnie - istotnego z punktu widzenia zamawiającego - elementu. O tym, że element ten jest dla zamawiającego najistotniejszy świadczy fakt, iż jest on jedynym wskazanym precyzyjnie elementem budowy lub przebudowy. W pozostałym zakresie zamawiającynie określił jakichkolwiek warunków minimalnych, jakie muszą zostać spełnione, aby uznać doświadczenie oferenta za

wystarczające. Gdyby istotnie zamawiających chciał doprecyzować ten warunek udziału w postępowaniu, to niewątpliwie mając ku temu wiedzę i środki uczyniłby to w sposób odmienny, wskazując choćby inne elementy budowy lub przebudowy stadionu, do których wykonania oferent musiałby wykazać stosowne doświadczenie. Tytułem przykładu odwołujący wskazał treść opisu 5.1.2 SIWZ dla realizacji inwestycji pod nazwą „Przebudowa stadionu lekkoatletycznego przy Powiatowym Centrum Sportu w Bełchatowie” realizowanej przez Powiat Bełchatowski, zgodnie z którego treścią: *„Ww. warunek zostanie spełniony (...) wykonał co najmniej dwie roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy boisk sportowych lub stadionów lekkoatletycznych, spełniających wymagania PZLA dla min. kategorii IV (pełnowymiarowa bieżnia okrężna 6 torów, 8 torów na prostej, rów z wodą wszystkie skocznie i rzutnie, płyta boiska z trawy naturalnej), uprawniającej do organizacji zawodów rangi mistrzostw Polski o nie pełnym programie konkurencji (...)”*. Jak widać na powyższym przykładzie, gdyby zamawiających chciał doprecyzować ten warunek udziału w postępowaniu miał ku temu możliwości i środki. O ile zaś tego nie uczynił oznaczać to jedynie może, że jedynym istotnym elementem w jego ocenie warunkującym prawidłowość wykonania zamówienia i doświadczenie było wykonanie bieżni lekkoatletycznej.

Odwołujący podniósł, że warunek udziału w postępowaniu został opisany w sposób nieprecyzyjny. Same określenia „budowa” czy „przebudowa” nie zawierają w swej treści opisu elementów jakie należałoby w ich ramach wykonać. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie z jednej strony budowę/przebudowę kompleksową całego stadionu lekkoatletycznego obejmującą budowę/wymianę np. instalacji elektrycznej, wodnej, kanalizacyjnej, budowę trybun, czy budynków kubaturowych, z drugiej zaś niewielką przebudowę polegającą na wymianie samej nawierzchni. W obu wskazanych, skrajnych jednak przypadkach, wykonanie robót uznane musiałoby zostać za spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko zamawiającego, wyrażone w chwili obecnej stanowi niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych doprecyzowanie nieprecyzyjnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu. Jako truizm uznać należy twierdzenie, że to na zamawiającym, jako organizatorze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa obowiązek takiego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, aby były one jednoznaczne i precyzyjne, zaś każde uchybienie w tym zakresie obciążać może wyłącznie zamawiającego i nie może powodować negatywnych skutków względem wykonawcy.

Prezentowane aktualnie przez zamawiającego stanowisko stanowi zaprzeczenie powyższej tezy i nie zasługuje na akceptację.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby - wyrok z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt KIO 340/14; z dnia 30 października 2013 r., sygn. akt KIO 2448/13.

Nawet gdyby przyjąć, że referencje złożone przez odwołującego nie są tożsame z przedmiotem zamówienia (abstrahując rzecz jasna od sformułowania warunku udziału w postępowaniu, o czym mowa była wcześniej), to niewątpliwie są zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie i charakterze. Przedmiotem tego postępowania jest bowiem modernizacja stadionulekkoatletycznego, której podstawowym elementem jest wykonanie nawierzchni kauczukowej, na co wskazuje niewątpliwie treść sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Aktualne stanowisko zamawiającego, prowadzące do wykluczenia odwołującego z postępowania, powoduje w swej istocie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieuprawniony prowadzi do zawężenia ilości wykonawców mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienie tylko do wykonawców, którzy są w stanie wykazać się doświadczeniem przy wykonywaniu robót takich samych, a nie podobnych rodzajowo.

Na zakończenie ponownie odwołujący zwrócił uwagę na sposób uzasadnienia przez zamawiającego jego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak już było to podniesione powyżej, treść odwołania z konieczności musi opierać się na domniemaniach odwołującego. Trudność polemiki polega jednak na tym, że zamawiający poza zdawkowym stwierdzeniem, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, w swym rozstrzygnięciu, nie zawarł jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Jest to niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący uznał czynność zamawiającego za bezpodstawną, tym samym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

III. W odpowiedzi na odwołanie, wniesionej w dniu 18 czerwca 2014 r., zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację. W dniu 9.06.2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W toku badania i oceny ofert, ze względu na nieprzedstawienie w ofercie żadnych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym

okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykaz należało przygotować zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. (W przypadku składania oferty wspólnej, Wykonawcy składający jeden ww. wykaz). Dowodami, o których mowa powyżej są: poświadczenia, inne dokumenty, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Zamawiający określił roboty budowlane, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie, załączenia do nich poświadczeń zawierających informacje o robotach budowlanych wykonanych należyście oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo pouczone. Wykonawca musiał wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 5 - ciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tzn. robotą obejmującą swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości minimum 3000 m².

W wyznaczonym przez zamawiającego terminie, odwołujący dokonał uzupełnienia dokumentu, który powinien potwierdzać spełnienie ww. warunku. Z treści przedstawionych dokumentów wynikało, że dotyczą one nie wykonania całego stadionu a jedynie wykonania bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej, powierzchni bieżni 15 000 m². Wartość projektu 510 000 euro, miejsce wykonania Zibo Stadium RunningTrack, ShanTung Chiny. Doświadczenie określono jako oddane do dyspozycji. Dodatkowo odwołujący przedstawił List referencyjny firmy BEIJING PANCHINA SPORTS DEVELOPMENT CO., LTD, BUILDING 62-2, NR 2, JINGYUANNORTHSTREET, BEIJING ECONOMIC-TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT, CHINY oraz zobowiązanie z dnia 30.04.2014 r. do udostępnienia w trybie art 26 ust. 2b Pzp, odwołującemu wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia na okres realizacji zamówienia.

Ponieważ przesłane dokumenty budziły wątpliwości, zamawiający działając zgodnie art. 26 ust. 4 Pzp dodatkowo wezwał odwołującego między innymi do złożenia wyjaśnień:

1) czy wykonawca OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co., Ltd., z siedzibą nr 512, Chiu Fen Rd., YungChingHsian, ChanghuaHsien, Tajwan, który w projekcie pod nazwą ZIBO STADIUM RunningTrack in ZIBO City, ShanTung, China wykonał prefabrykowaną bieżnię kauczukową, 400 m, o powierzchni 15 000 m² był także wykonawcą całego projektu

budowy lub przebudowy tego stadionu, 2) oraz jaki będzie zakres i sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia.

Z przedstawionych przez odwołującego dodatkowych dokumentów i wyjaśnień w zakresie określonym w piśmie z dnia 14.05.2014 r. (WGG.271.4.20.09.2014.KN) i piśmie z dnia 03.06.2014 r. (WGG-271.4.20.10.2014.KN) nie wynikało, że spełnia on warunki określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołujący został wykluczony z postępowania a zgodnie z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jego oferta została odrzucona.

W odpowiedzi na zarzuty przedstawione w odwołaniu, zamawiający stwierdził, co następuje: odwołujący ma rację, że zamawiający mógł w sposób bardziej szczegółowy przedstawić uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, aczkolwiek dla porządku stwierdził, iż w treści pisma z dnia 9.06.2014 r. wskazał, które elementy złożonej oferty uzupełniane następnie wyjaśniane były podstawą uznania, iż z przedstawionych przez odwołującego dodatkowych dokumentów i wyjaśnień w zakresie określonym w piśmie z dnia 14.05.2014 r. (WGG.271.4.20.09.2014.KN) i piśmie z dnia 03.06.2014 r. (WGG.271.4.20.10.2014.KN) nie wynikało, iż spełnia on warunki określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczególnie w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający poniżej doprecyzował uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji.

W opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, co nie jest przedmiotem sporu, zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej przedmiotowi zamówienia tzn. roboty obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości minimum 3000 m².

Ponieważ z dokumentów przesłanych zamawiającemu w dniu 15.05.2014 r. na podstawie uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, nie wynikało, czy podmiot udostępniający odwołującemu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonał robotę obejmującą swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnień czy podmiot udostępniający zasoby OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co., Ltd., z siedzibą nr 512, Chiu Fen Rd., YungChingHsian, ChanghuaHsien, Tajwan, który w projekcie pod

nazwą ZIBO STADIUM RunningTrack in ZIBO City, ShanTung, China wykonał prefabrykowaną bieżnię kauczukową, 400 m, o powierzchni 15 000 m², był także wykonawcą całego projektu budowy lub przebudowy tego stadionu.

W przesłanych zamawiającemu wyjaśnieniach odwołujący stwierdził: „Oświadczamy, iż zakres prac wykonywanych przez firmę King Arthur Industries Co Ltd. polegał na budowie bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej o łącznej powierzchni 15 000 m². Firma King Arthur Industries Co Ltd nie była wykonawcą całego projektu budowy / przebudowy tego stadionu. Firma King Arthur Industries Co Ltd pełniła funkcję podwykonawcy przy budowie bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej o łącznej powierzchni 15 000m².”

Jak wynika z tego wyjaśnienia, czemu nie zaprzecza odwołujący w treści odwołania, podmiot udostępniający zasoby nie był wykonawcą roboty obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości minimum 3000 m². Wykonawcą budowy lub przebudowy był inny podmiot, niż podmiot udostępniający zasoby.

Bezprzedmiotowym i wniesionym po upływie terminu na wniesienie odwołania, na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest zarzut braku jednoznacznego i precyzyjnego opisanie warunków w zakresie wiedzy i oświadczenia. Zwłaszcza, że wymaganie posiadanego ww. doświadczenia w zakresie budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego było rozszerzeniem pierwotnego warunku w tym zakresie o czym odwołujący wiedział. Ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia nr: 145516 - 2014;data zamieszczenia: 29.04.2014 r. zamawiający zmienił pierwotne wymaganie co do wykazania się: a) co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tzn. obejmującą swoim zakresem budowę lub przebudowę bieżni lub boiska o nawierzchni syntetycznej, na wymaganie co do wykazania się: a) co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tzn. robotą obejmującą swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości minimum 3000 m². Dokonana zmiana w sposób wyraźny wskazywała, że doświadczenie wykonawcy winno być szersze niż tylko budowa lub przebudowa bieżni lub boiska o nawierzchni syntetycznej. Nie precyzując czego winien dotyczyć inny zakres budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego oprócz wykonania bieżni kauczukowej, zamawiający bezdyskusyjnie wskazał w warunku udziału w postępowaniu, że wykonawca musi dysponować wiedzą i doświadczeniem szerszym jak wykonanie samej nawierzchni bieżni. Takiego doświadczenia podmiot udostępniający swój potencjał zgodnie z oświadczeniem odwołującego nie posiada.

Kolejne wyjaśnienia odwołującego z dnia 4.06.2014 r. dotyczyły dokumentów, z których winno wynikać jaki będzie zakres i sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia.

W przekazanych zamawiającemu w dniu 15.05.2014 r. uzupełnianych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentach, odwołujący przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 30.04.2014 r., o treści: „Zobowiązanie. Zobowiązuję się do udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy Praw Zamówień Publicznych, Firmie: Saltex Europa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław, NIP: 899-267-13-38, biorącej udział w postępowaniu p.n.: „Modernizacja stadionu miejskiego w Goleniowie poprzez przebudowę bieżni lekkoatletycznej oraz kanalizacji deszczowej odwadniającej bieżnię wraz z realizacją sieci nagłośnienia i sieci telemetrycznej”, Prowadzonym przez Gminę Goleniów w trybie przetargu nieograniczonego posiadane przeze mnie wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia na okres realizacji zamówienia. Jednocześnie oświadczam, że będę uczestniczył jako podwykonawca w realizacji przedmiotowego zamówienia”.

W zobowiązaniu tym brak było wymaganych przez zamawiającego w ogłoszeniu sekcja III.6) INNE DOKUMENTY Inne dokumenty niewymienione w pkt III.4) albo w pkt III.5) i siwz informacji w zakresie niezbędnym do udowodnienia, że wykonawca dysponuje zasobami niezbędnymi dla należytego wykonania danego zamówienia, w zależności od okoliczności przypadku, z którego korzysta wykonawca. Dowodami tymi mogły być dokumenty dotyczące w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W przesłanych zamawiającemu w dniu 4.06.2014 r. wyjaśnieniach odwołujący stwierdził: „Oświadczamy, iż firma King Arthur Industries Co. Ltd zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem będzie uczestniczyła jako podwykonawca w realizacji ww. zamówienia. Zakres podwykonawstwa będzie obejmował nadzór nad instalacją nawierzchni kauczukowej. Oświadczamy, iż firma King Arthur Industries Co. Ltd zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem udostępniła firmie Saltex Europa Sp.zo.o. wiedzę i doświadczenie na ww. przetarg. Ponownie oświadczamy, iż firma King Arthur Industries Co. Ltd będzie uczestniczyła jako podwykonawca w realizacji ww. zamówienia. Zakres podwykonawstwa obejmuje nadzór przy montażu nawierzchni kauczukowej.”

Jednocześnie odwołujący w treści Formularza oferty oświadczył, że w zakresie podwykonawstwa zleci tylko wykonanie podbudowy pod bieżnię i wykonanie oświetlenia nie

wskazując, iż zamierza w zakresie podwykonawstwa zlecić także nadzór nad instalacją nawierzchni kauczukowej lub nadzór przy montażu nawierzchni kauczukowej.

Tym samym, aby skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego odwołujący musiałby rozszerzyć zakres podwykonawstwa, wskazanego w formularzu oferty. Zmiana treści oferty odnosząca się w przedmiotowej sprawie do zmiany oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa jest niedopuszczalna w myśl art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty wskutek prowadzonych przez zamawiającego wyjaśnień. Zamawiający wskazał orzecznictwo Izby - wyroki: KIO 98/13 z dnia 31.01.2013 r., KIO 2854/12 z dnia 10.01.2013 r., KIO 2557/13 z dnia 3.11.2013 r. Tym samym odwołujący nie mogąc skorzystać z udziału podmiotu udostępniającego w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, nie może skutecznie udowodnić zamawiającemu, że dysponuje zasobami niezbędnymi dla należytego wykonania danego zamówienia.

Ponadto załączony do zobowiązania list referencyjny potwierdzający doświadczenie podmiotu udostępniającego potencjał, został wydany dla firmy OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co., Ltd., z siedzibą nr 512, Chiu Fen Rd., YungChingHsian, ChanghuaHsien, Tajwan, która w projekcie pod nazwą ZIBO STADIUM RunningTrack in ZIBO City, ShanTung, China wykonała prefabrykowaną bieżnię kauczukową, 400 m, o powierzchni 15 000 m². Natomiast zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia zostało podpisane przez panią Julie Chen przedstawiciela firmy King Arthur Industries Co. Ltd. Z przedstawionego Zaświadczenie o rejestracji działalności gospodarczej CXJSYZD nr: 00065138-1 nie wynika, aby firma King Arthur Industries Co. Ltd. była tą samą firmą co OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co., Ltd., której dotyczą przedłożone referencje. Aby to wyjaśnić zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp wezwał odwołującego do złożenia informacji popartej dowodem, że wykonawca OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co. Ltd., której dotyczy przedłożony List referencyjny jest tą samą firmą co firma King Arthur Industries Co. Ltd.. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przekazał tylko oświadczenie o treści: „Oświadczamy, iż firma OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries jest tą samą firmą, co firma King Arthur Industries Co Ltd. Na potwierdzenie naszego stanowiska przesyłamy oświadczenie producenta nawierzchni.”

Ponieważ z zaświadczenia o rejestracji działalności gospodarczej CXJSYZD nr: 00065138-1 nie wynika, aby firma mogła prowadzić działalność pod dwiema nazwami, zamawiający nie ma pewności, czy oświadczenie odwołującego jest zgodne ze stanem faktycznym i firma pod nazwą King Arthur Industries Co. Ltd. jest tą samą firmą co firma

OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co. Ltd i czy podmiot trzeci udostępniający swój potencjał rzeczywiście go posiada.

W oparciu o powyższe, zamawiający miał prawo stwierdzić, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, że odwołujący zostaje wykluczony z postępowania, a zgodnie z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jego oferta zostaje odrzucona.

Dla porządku zamawiający wskazał, że odrzucenie oferty, co podano w zawiadomieniu przekazanym odwołującemu w dniu 9.06.2014 r., nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, a nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednak z ostrożności przedstawił także uzasadnienie odrzucenia oferty w oparciu o przywołany w odwołaniu przepis.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, zamawiający stwierdził, że wszelkie działania zamawiającego, zarówno na etapie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, realizowane były zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wszelkie czynności wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Odmiennych okoliczności odwołujący nie przedstawił.

W oparciu o powyższe, zamawiający uznał jak na wstępie.

IV. W odpowiedzi na odwołanie, przedstawionej przez zamawiającego, odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r. następujące stanowisko.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie (str. 4 akapit 4) stanowi ono w istocie doprecyzowanie uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o wykluczeniu wykonawcy i stanowi powtórzenie argumentacji zawartej w przystąpieniu do odwołania złożonym przez Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie. Przyjęty przez zamawiającego sposób procedowania, w szczególności aktualna próba doprecyzowania powodów wykluczenia nie zasługuje na uwzględnienie i w ogóle nie powinna być przedmiotem rozpoznania. Spór pomiędzy stronami może toczyć się jedynie w granicach zakreślonych pierwotnym uzasadnieniem. Brzmienie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia z postępowania. Podanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólnikowe sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszego sporu, uznane za podanie co najwyżej podstawy prawnej. Taki sposób działania zamawiającego skutkuje dwojakiego rodzaju konsekwencjami. Po pierwsze, uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść, z uwagi na zawity charakter wnoszenia środków ochrony prawnej oraz związanie

granicami zarzutów odwołania, ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Z tego względu brak wskazania w pierwotnym uzasadnieniu elementów oferty, których ma dotyczyć zarzucana przez zamawiającego niezgodność, nie spełnia warunku poinformowania wykonawcy przyczynach, dla których został on wykluczony z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień, do czego w swoim odwołaniu odwołujący został zmuszony, nie powinno być powierzone własnej aktywności wykonawcy i stwierdzane na podstawie znajdującej się u zamawiającego dokumentacji postępowania. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy spoczywa w całości na zamawiającym.

Niewątpliwie, naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem już choćby z tego względu odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Po drugie zaś, uzupełnianie argumentacji zawartej w uzasadnieniu wykluczenia, czy też budowanie jej na etapie postępowania odwoławczego, jak stara się to czynić w chwili obecnej zamawiający, jest niedopuszczalne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał orzecznictwo Izby - wyroki: z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 120/13; z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1066/10; z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11.

Wskazał, że choć przywołane wyroki dotyczą uzasadnienia decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty, ich aktualność dla rozstrzygnięcia tej sprawy nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości. Konsekwencją powyższego winno być zatem pominięcie całej argumentacji zamawiającego i przystępującego, jako nie znajdującej odzwierciedlenia w treści pierwotnego uzasadnienia zamawiającego. Argumentacja przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie i w przystąpieniu winna zostać zatem pominięta i nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia zaistniałego pomiędzy zamawiającym a odwołującym sporu. Jediną bowiem płaszczyzną, na której toczyć może się polemika, jest ta zakreślona treścią pierwotnego uzasadnienia.

Na marginesie odwołujący wskazał także na dalsze, bezprzedmiotowe działania zamawiającego, które zmierzają do uzupełnienia dotychczasowej argumentacji, której przejawem jest (także zupełnie bezprzedmiotowe) pismo zamawiającego z dnia 18 czerwca 2014 r.

V. Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przedstawił uzasadnienie stanowiska zbieżne ze stanowiskiem

zamawiającego,
o oddalenie odwołania.

wnosząc

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Izba ustaliła chronologię czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, związanych z rozpoznaniem odwołania, następująco.

Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, przyjmując wersję po zmianie SIWZ dokonanej na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, w wyniku udzielonej odpowiedzi na pytania nr 20 i 21 - pismo z dnia 29.04.2014 r. W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wykonawca miał obowiązek przedstawić wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tzn. roboty obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości 3000 m²(pkt 5.2.1 SIWZ). Obowiązkiem wykonawcy było załączenie do oferty wykazu robót z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania z załączeniem dowodów (opisanych szczegółowo w pkt 6.2.2. SIWZ), których celem było potwierdzenie należytego wykonania robót.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą żądanych oświadczeń dokumentów na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Został wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 14 maja 2014 r., w którym zamawiający wskazał w pkt 1 na obowiązek załączenia wykazu robót budowlanych, zamieszczając pełny tekst opisu odpowiadający SIWZ oraz podkreślił, że wykaz należy przygotować zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. W pkt 2 tego wezwania (zakres nie objęty odwołaniem) zamawiający zamieścił wymóg uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom, określonym normom lub specyfikacjom technicznym, zamieszczając stosowne opisy. Odwołujący złożył oświadczenia i dokumenty, w tym wymagany załącznik nr 5- pismo z dnia 15 maja 2014 r. W załączniku nr 5 Wykaz robót budowlanych (...) w kolumnie 2 zamieścił opis jedynej roboty budowlanej -

wykonanie bieżni l.a. o nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej, powierzchnia bieżni 15 000 m². Wartość projektu 510 000 EUR.

Z referencji załączonej do pisma (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem) wynika nazwa wykonawcy, który na wskazanym z nazwy obiekcie sportowym „dostarczył i wykonał następujące usługi i elementy: wykonanie prefabrykowanej bieżni kauczukowej, 400 m, o powierzchni 15 000 m²”. Odwołujący też przedłożył zobowiązanie innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, do udostępnienia wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia na okres realizacji zamówienia, z jednoczesnym wskazaniem, że wystawca dokumentu będzie uczestniczył jako podwykonawca w realizacji zamówienia - podpis odręczny, bez pieczęci imiennej, z owalną pieczęcią KING ARTHUR INDUSTRIES CO. LTD.

Nazwa podmiotu wystawiającego zobowiązanie jest inna niż nazwa podmiotu na rzecz którego wystawiono referencję - OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co. Ltd. Pozostałe załączniki dotyczyły zgodności przedmiotowej oferty z SIWZ.

Wyjaśniając wątpliwości, zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 3 czerwca 2014 r. (obok wskazanej podstawy prawnej art. 26 ust. 3 Pzp dotyczącej pełnomocnictwa dla J. C., która złożył swój podpis na zobowiązaniu - pkt 1 pisma), także na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia (pkt 2 pisma) wyjaśnień dotyczących nw. kwestii:

„a) czy wykonawca OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co., Ltd., z siedzibą nr 512, Chiu Fen Rd., YungChingHsian, ChanghuaHsien, Tajwan, która w projekcie pod nazwą ZIBO STADIUM RunningTrack in ZIBO City, ShanTung, China wykonała prefabrykowaną bieżnię kauczukową, 400 m, o powierzchni 15 000 m² była także wykonawcą całego projektu budowy lub przebudowy tego stadionu,

b) informacji popartej dowodem, iż wykonawca OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co. Ltd., której dotyczy przedłożony List referencyjny jest tą samą firmą co firma King Arthur Industries Co. Ltd.,

c) informacji, jaki będzie zakres podwykonawstwa firmy King Arthur Industries Co. Ltd. w realizacji przedmiotowego zamówienia,

d) informacji jaki zakres zasobów wiedzy i doświadczenia będzie dostępny wykonawcy „Saltex Europa” sp. z o.o. z Wrocławia i jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia.”

W pkt 3 tego pisma zamawiający wezwał odwołującego też do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp w przedmiocie zgodności nawierzchni.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 4 czerwca 2014 r.

W odpowiedzi na pismo z dnia 03.06.2014 r. uzupełnił dokumenty:

1. Pełnomocnictwo dla J.C.

„2.

- a) Oświadczamy, iż zakres prac wykonywanych przez firmę King Arthur Industries Co. Ltd. polegał na budowie bieżni lekkoatletycznej nawierzchni kauczukowej o łącznej powierzchni 15 000m². Firma King Arthur Industries Co Ltd nie była wykonawcą całego projektu budowy / przebudowy tego stadionu. Firma King Arthur Industries Co Ltd pełniła funkcję podwykonawcy przy budowie bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej o łącznej powierzchni 15 000m².
 - b) Oświadczamy, iż firma OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries jest tą samą firmą, co firma King Arthur Industries Co Ltd. Na potwierdzenie naszego stanowiska przesyłamy oświadczenie producenta nawierzchni.
 - c) Oświadczamy, iż firma King Arthur Industries Co Ltd. Zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem będzie uczestniczyła, jako podwykonawca w realizacji ww. zamówienia. Zakres podwykonawstwa będzie obejmował nadzór nad instalacją nawierzchni kauczukowej.
 - d) Oświadczamy, iż firma King Arthur Industries CoLtd zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem udostępniła firmie Saltex Europa Sp.zo.o. wiedzę i doświadczenie na ww. przetarg. Ponownie oświadczamy, iż firma King Arthur Industries CoLtd będzie uczestniczyła jako podwykonawca w realizacji ww. zamówienia. Zakres podwykonawstwa obejmuje nadzór przy montażu nawierzchni kauczukowej.
2. Oświadczamy, iż nawierzchnia kauczukowa King Arthur 4-13 jest nawierzchnią tożsamą z nawierzchnią King Arthur 4-13/Protraxx. Na potwierdzenie naszego stanowiska załączamy oświadczenie producenta.”

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, uznając ofertę za odrzuconą - ust. 4 przepisu i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (pismo z dnia 9 czerwca 2014 r.).

W uzasadnieniu pisma podał: Wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy niewykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem

dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wykaz należało przygotować zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. Dowodami, o których mowa powyżej są: -poświadczenie, -inne dokumenty, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Zamawiający określił roboty budowlane, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie oraz załączenia do nich poświadczeń, zawierających informację o robotach budowlanych wykonanych należycie oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wykonawca musiał się wykazać wykonaniem w okresie ostatnich 5-ciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tzn. robotą obejmującą swoim zakresem budowę lub przebudowę stadionu lekkoatletycznego, w której zakres wchodziło wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej w ilości minimum 3000 m².

W wyznaczonym przez zamawiającego terminie tj. do dnia 19.05.2014 r. do godz. 14:00 wykonawca dokonał uzupełnienia dokumentu, który powinien potwierdzać spełnienie ww. warunku. Z treści przedstawionych dokumentów wynika, że roboty dotyczą nie wykonania całego stadionu, a jedynie wykonania bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej, powierzchnia bieżni 15 000 m². Wartość projektu 510 000 euro, miejsce wykonania Zibo Stadium RunningTrack, ShanTung Chiny. Doświadczenie określono jako oddane do dyspozycji. Dodatkowo wykonawca przedstawił List referencyjny firmy BEIJING PANCHINA SPORTS DEVELOPMENT CO., LTD, BUILDING 62-2, NR 2, JINGYUANNORTHSTREET, BEIJING ECONOMIC- TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT, CHINA oraz zobowiązanie z dnia 30.04.2014 r. do udostępnienia w trybie art. 26 ust 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, firmie odwołującego wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, na okres realizacji zamówienia.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy dodatkowo wezwał odwołującego między innymi do złożenia wyjaśnień, czy wykonawca OSST Sport Surfaces of King Arthur Industries Co., Ltd., z siedzibą nr 512, Chiu Fen Rd., YungChingHsian, ChanghuaHsien, Tajwan, który w projekcie pod nazwą ZIBO STADIUM RunningTrack in ZIBO City, ShanTung, China wykonał prefabrykowaną bieżnię kauczukową, 400 m, o powierzchni 15 000 m² był także wykonawcą całego projektu budowy lub przebudowy tego stadionu oraz

jaki będzie zakres i sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia.

Z przedstawionych przez wykonawcę dodatkowych dokumentów i wyjaśnień w zakresie określonym w piśmie z dnia 14.05.2014 r. (WGG.271.4.20.09.2014.KN) i piśmie z dnia 03.06.2014 r. (WGG.271.4.20.10.2014.KN) nie wynika, że wykonawca spełnia warunki określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczególnie w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykonawca został wykluczony z postępowania, a zgodnie z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp ustawy Prawo zamówień publicznych oferta wykonawcy została odrzucona.

Odwołujący zakwestionował czynność zamawiającego podnosząc w uzasadnieniu zarzuty wobec sformułowanego warunku udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku (pkt 5.2.1 SIWZ) - brak określenia, poza wykonaniem bieżni kauczukowej, jakichkolwiek elementów objętych zakresem budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego; brak określenia warunków minimalnych dla spełnienia wymogu posiadania doświadczenia przez wykonawcę; nieprecyzyjny sposób opisu warunku, uznając, że na etapie oceny spełniania warunku, zamawiający doprecyzowuje opis warunku. Podniósł również, że zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w SIWZ, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie powołując się na jakiegokolwiek inne powody wykluczenia odwołującego.

II. Izba uznała na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, że wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w wyniku spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Oceniając legitymację czynną odwołującego do wniesienia odwołania na rozprawie, Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłankę materialnoprawną wniesienia odwołania, jako jeden z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu, z ofertą korzystniejszą od konkurenta. Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania z dnia 9 czerwca 2014 r. i przesłanka z art. 179 ust. 1 ust. 1 Pzp oceniana jest według stanu na dzień wniesienia odwołania, a więc na dzień 13 czerwca 2014 r.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że niepodważenie przez odwołującego czynności z dnia 18 czerwca 2014 r. - odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przesądza o braku przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego z dnia 9 czerwca 2014 r.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) i oceniła czynność zamawiającego w zakresie wynikającym z pisma z dnia 9 czerwca 2014 r. - zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego ofert, w zakresie wyznaczającym granice odwołania wykonawcy (art. 180 ust. 1 i 2 pkt 3 i 4 Pzp), uznając, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu, wobec nie wykazania przesłanek skutkujących jego uwzględnieniem (art. 192 ust. 2 Pzp).

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, po uprzednim zastosowaniu przepisów art. 26 ust. 3 i/lub ust. 4 Pzp (umożliwienie wykonawcom uzupełnienia ofert z powodu omyłek, przeoczeń lub błędów w kompletowaniu oferty). Ze względu na zasady postępowania - art. 7 ust. 1 Pzp - zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czynności naprawcze, co do poszczególnych zakresów omyłek, przeoczeń lub błędów w ofertach, są jednorazowe.

Odwołujący nie załączył oświadczeń i dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na dwukrotne wezwanie zamawiającego z dnia 14 maja 2014 r. - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, z dnia 3 czerwca 2014 r. - na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wskazujące jednoznacznie, że potwierdzeniem posiadania wiedzy i doświadczenia jest wykazanie wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego z określonymi robotami dotyczącymi wykonania bieżni o nawierzchni kauczukowej, nie przedstawił roboty odpowiadającej wymaganiom zamawiającego, a w wyjaśnieniach potwierdził jednoznacznie, że podmiot inny w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, udostępniający odwołującemu dla potrzeb tego postępowania swój zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, nie był wykonawcą robót polegających na budowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego, ale podwykonawcą bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej.

Przyczyna wskazująca niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, została sformułowana w piśmie z dnia 9 czerwca 2014 r. jednoznacznie i w sposób niepozostawiający wątpliwości. Zamawiający wskazał w tym piśmie także inną

przyczynę -odwołujący nie wykazał sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, w sytuacji, gdy wykonawca korzystający z zasobów innego podmiotu, zobowiązany jest nie tyle do wykazania, co do udowodnienia zamawiającemu sposobu dysponowania zasobami, zgodnie z wymaganiami zamawiającego - art. 26 ust. 2b Pzp.

Argumentacja odwołującego przedstawiona w odwołaniu w zakresie kwestionowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu jest spóźniona, bo gdyby nawet była zasadna, nie podlega rozpoznaniu, tym samym uwzględnieniu z powodu upływu terminu do wniesienia odwołania w zakresie, o którym stanowi przepis art. 180 ust. 2 pkt 2Pzp.

Uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia wykonawcy z postępowania jest obowiązkiem zamawiającego. Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Podanie przez zamawiającego, że odwołujący nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu całego stadionu, a jedynie w wykonaniu bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni kauczukowej, czyni niezrozumiałym stwierdzenie odwołującego, o niepowołaniu się przez zamawiającego na jakiegokolwiek inne powody wykluczenia odwołującego z postępowania. Izba podkreśla, że nawet niewłaściwe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku potwierdzenia się przyczyn wykluczenia, nie stanowi podstawy uwzględnienia odwołania.

Na podstawie ustaleń wynikających z materiału dowodowego, Izba nie znajduje podstaw, by w świetle procedur wynikających z przepisów Pzp, nakazać zamawiającemu ponowne badanie oferty odwołującego.

Uznając, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów - art.7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie miał zastosowania), Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, 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), zasądzając na rzecz zamawiającego koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem kwoty do 3 600 zł zgodnie z przepisami rozporządzenia.

Przewodniczący: