

WYROK

z dnia 30 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Grzegorz Mazurek

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Przemysław Bromberka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIX – BUD Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna ul. Kwiatowa 5, 64-600 Oborniki

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Wielkopolskie Centrum Onkologii ul. Garbary 15, 61 – 866 Poznań

protestu z dnia 18 września 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz XXX po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**

2. kosztami postępowania obciąża Wielkopolskie Centrum Onkologii ul. Garbary 15, 61 – 866 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przemysława Bromberka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIX – BUD Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna ul. Kwiatowa 5, 64-600 Oborniki,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 249 zł 06 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście czterdzieści dziewięć złotych sześć groszy) przez **Wielkopolskie Centrum Onkologii ul. Garbary 15, 61 – 866 Poznań** na rzecz **Przemysława Bromberka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIX – BUD Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna ul. Kwiatowa 5, 64-600 Oborniki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przemysława Bromberka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIX – BUD Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna ul. Kwiatowa 5, 64-600 Oborniki.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację i przebudowę pomieszczeń III piętra budynku starego przy ulicy Garbary 15 wraz z etapem II modernizacji Oddziałów Chirurgii Onkologicznej I i Radioterapii Ginekologicznej*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r.

Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 września 2008 r. pod numerem 212303. Tego samego dnia Zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 7.575.801,47 złotych (w tym 1.500.000 zł zamówienia uzupełniające), tj. 1.953.986,61 euro.

18 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest na treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzając, że:

1) warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a więc z naruszeniem nakazu art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz

2) treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie spełniają wymogów określonych odpowiednio w przepisach art. 41 oraz art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych,

wnosząc o unieważnienie postępowania – jako że usunięcie wskazanej wady postępowania wymagałoby dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełniania, na co nie zezwalają przepisy art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Swój zarzut Odwołujący uzasadnił tym, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na obowiązku wykazania, że *w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonawca zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, w tym co najmniej robota o wartości nie mniejszej niż wartość składanej oferty.* Tak sformułowany warunek ewidentnie utrudnia uczciwą konkurencję. Idea, jaką kierował się ustawodawca nakazując Zamawiającemu informowanie wykonawców o warunkach udziału w postępowaniu już na etapie ogłoszenia, jest z całą pewnością zamiar umożliwienia wykonawcom podjęcia decyzji

o ewentualnym udziale w postępowaniu już na tym etapie, więc po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia wykonawca powinien wiedzieć, czy udział w postępowaniu leży w sferze jego możliwości. Natomiast w niniejszym postępowaniu informacji pozwalającej na podjęcie tego typu decyzji wykonawca nie uzyskał. Ewentualna wartość składanej oferty, o czym mowa w opisanym warunku, będzie wykonawcy znana dopiero na etapie przygotowywania ofert, czyli po sporządzeniu kosztorysów ofertowych. Tak więc wykonawca na etapie ogłoszenia nie może stwierdzić, czy jest w stanie spełnić opisany warunek. Wymagana wartość wykonanych robót budowlanych powinna więc jasno wynikać z opisanego warunku. Sformułowanie warunku w taki sposób może narazić wykonawcę na nieuzasadnione straty i koszty, bowiem po sporządzeniu kosztorysów może się okazać, że cena przygotowywanej oferty przekracza wartość każdej z robót, jakie wykonawca zrealizował w okresie ostatnich pięciu lat.

29 września 2008 r. (poniedziałek) Zamawiający oddalił protest jako niezasadny następująco uzasadniając swoją decyzję. Utrudnianiem uczciwej konkurencji jest ustalanie warunków preferujących określonego wykonawcę lub grupę wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, natomiast przedmiotowy warunek nie faworyzuje nikogo, bo jest identyczny dla każdego. Wiarygodnym sposobem oceny doświadczenia wykonawców jest nieodnoszenie go do sztywnych progów np. 1, 5, czy 10 milionów itp. wskaźników, lecz jego zobiektywizowanie do wartości oferty, którą składa dany wykonawca. Zatem trudno w działaniu Zamawiającego dopatrzeć się znamion utrudniania uczciwej konkurencji, a tym samym naruszania zasad równości, które wyraża art. 7 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wręcz przeciwnie – Zamawiający formułując przedmiotowy warunek dopuszcza nieograniczoną ilość wykonawców do udziału w niniejszym postępowaniu, gdyż nie ustala tych warunków w oparciu o jakieś subiektywne kryteria (wskaźniki). Zamawiający nie zgadza się również z tym, że wiedza, jaką posiada wykonawca na etapie ogłoszenia o zamówieniu nie pozwala stwierdzić, czy jest w stanie spełnić wymagany warunek (wartość wykonanych robót), gdyż próg, a tym samym wartość

zamówienia robót objętych przedmiotem zamówienia została jednoznacznie wyrażona formą i treścią ogłoszenia i wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jest to zamówienie o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. równowartości 5.150.000 euro. Chybiony jest również zarzut, co do ponoszenia przez wykonawców ryzyka przygotowania oferty „odpowiednich kosztorysów” w celu udziału w postępowaniu, ponieważ każdy z potencjalnych wykonawców ponosi ryzyko związane z przystąpieniem do przygotowania oferty i z kosztami jej sporządzenia bez pewności skuteczności tych działań.

3 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 6 października 2008 r.), w którym wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub unieważnienie postępowania. Uzupełniając argumentację Odwołujący dodał, iż sposób sformułowania warunku sprawia, że wielu wykonawców zainteresowanych zamówieniem zrezygnowało z ubiegania się o nie, ponieważ nie byli w stanie sprawdzić, czy spełniają oczekiwania Zamawiającego w zakresie doświadczenia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Nieokreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wartości robót stanowiącej element warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, lecz uzależnienie jej od wartości składanej w postępowaniu oferty, narusza zasady jawności i przejrzystości postępowania oraz utrudnia dostęp do podstawowych informacji o zamówieniu potencjalnym wykonawcom.

Podstawowym zadaniem ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest informacja, która dla potencjalnego wykonawcy

powinna być wystarczająca do podjęcia decyzji o jego możliwościach związanych z uczestnictwem w danym postępowaniu. Jak słusznie wskazuje piśmiennictwo *szybki, tani i skuteczny dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu jest jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych wspomagających efektywną realizację zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Jego waga wynika z potrzeby zapewnienia równych szans wszystkim przedsiębiorcom już na samym początku postępowania.* (A. Sołtysińska *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz* s. 287-288, wyd. Zakamycze 2006).

Zatem Zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu, powinien to uczynić w sposób, który nie utrudniałby uczciwej konkurencji, a także był jasny i czytelny dla potencjalnych wykonawców. Tak więc zarówno z treści ogłoszenia, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna wynikać jednoznacznie możliwość jego spełnienia. Tymczasem po zapoznaniu się z treścią warunku postawionego przez Zamawiającego nie jest możliwe ustalenie, w sposób, który nie budziłby żadnych wątpliwości, czy dany wykonawca jest w stanie ów warunek spełnić, a tym samym, czy może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Nie można bowiem zmuszać przedsiębiorców, aby na samym początku postępowania ponosili znaczne koszty w postaci konieczności przygotowania kosztorysu, który dopiero będzie stanowił dla nich konkretną informację o spełnieniu warunku, jaki postawił zamawiający. W ocenie składu orzekającego Izby mali i średni przedsiębiorcy nie powinni być traktowani gorzej niż duże korporacje o ogromnym i uniwersalnym doświadczeniu, a brak konkretnej informacji o doświadczeniu, jakie powinien posiadać wykonawca w postępowaniu, mógłby stanowić o nierównym traktowaniu takich podmiotów. Ponadto należy wskazać na możliwość nierównego traktowania wykonawców wynikającą z tego, że to zamawiający posiada konkretne dane dotyczące wartości zamówienia, w związku z powyższym mógłby potencjalnie próbować w ten sposób zawęzić krąg wykonawców do tych „uprzednio poinformowanych”. Jawność zamówień publicznych i dążenie do jak największej konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego powinny determinować działania zamawiających w związku z powyższym konkretne informacje o warunkach udziału w postępowaniu powinny znajdować się w dokumentach, których udostępnienie w sieci internetowej powoduje wszczęcie postępowania.

Skład orzekający Izby stwierdza także, iż sam publikator, w którym zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu (tj. czy jest to Biuletyn Zamówień Publicznych, czy też Dziennik Urzędowy UE), nie daje żadnej informacji o wartości zamówienia (jeśli nie podano jej w treści tego ogłoszenia), bowiem jest to przedział od 14.000 do 5.150.000 euro oraz od 5.150.000 euro wzwyż, zatem każda kwota w tych przedziałach jest możliwa.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, iż Zamawiający nie naruszył przepisów art. 36 oraz art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieopisanie warunków udziału w postępowaniu – bowiem warunek nieostry należy traktować jak jego brak, gdyż, niezależnie od tego, czy kwestionowany warunek został uznany za prawidłowy, czy też nie, został on w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia ujawniony.

Zgodnie z art. 1 pkt 13 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) od dnia wejścia jej w życie stosuje się przepisy dotyczące zmiany ogłoszeń i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w przedmiotowym postępowaniu nie upłynął termin składania ofert, zatem możliwa jest zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty w wysokości wynikającej z przedstawionego rachunku: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł i koszty dojazdu 585,06 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....