

**Sygn. akt: KIO/UZP 238/09**

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Jolanta Markowska</b> <b>Anna Majstrowicz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Wioleta Paczkowska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 marca 2009** r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Remontowo Budowlany "Organika" sp. z o. o.**, Nowa Sarzyna, ul. **Chemików 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy Leżajsk, Leżajsk, ul. Opalińskiego 2** protestu z dnia **17 lutego 2009** r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Gminy Leżajsk, Leżajsk, ul. Opalińskiego 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Remontowo Budowlany "Organika" sp. z o. o., 37-300 Nowa Sarzyna, ul. Chemików 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Gminy Leżajsk, 37-300 Leżajsk, ul. Opalińskiego 2** na rzecz **Zakład Remontowo Budowlany "Organika" sp. z o. o., 37-310 Nowa Sarzyna, ul. Chemików 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Remontowo Budowlany "Organika" sp. z o. o., 37-310 Nowa Sarzyna, ul. Chemików 1**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Gminy Leżajsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Rozbudowa, nadbudowa i przebudowa budynku Zespołu Szkół w Giedlarowej dla potrzeb przedszkola wraz z modernizacją kuchni*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lutego 2009 roku pod pozycją 23074.

Dnia 17 lutego 2009 roku Wykonawca – Zakład Remontowo-Budowlany „ORGANIKA” sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Sarzynie wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazujący na nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie konkurencji poprzez wprowadzenie w Instrukcji dla wykonawców pkt 11.1 Oferty indywidualne, ppkt 4 warunku:

*„Wykaz, co najmniej dwóch robót budowlanych porównywalnych z przedmiotem zamówienia (na obiektach szkolnych) o wartości brutto, co najmniej 800 000, 00 PLN każda lub jedna o wartości brutto, co najmniej 1 600, 000 PLN wykonanych w okresie pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością roboty budowlane stanowiących przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie (referencje)”*.

W związku z powyższym Protestujący wniósł o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z postanowienia zawartego w pkt. 11.1 ppkt 4 SIWZ zwrotu „*na obiektach szkolnych*”.

Uzasadniając wskazał, iż w wyniku podjęcia przez Zamawiającego powyższych czynności interes prawny Protestującego doznał uszczerbku albowiem z uwagi na postawione warunki podmiotowe nie jest on w stanie wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu pomimo posiadania potencjału i doświadczenia wystarczającego do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2009 roku (przekazanym Protestującemu w dniu 23 lutego 2009 r.) protest oddalił.

Zdaniem Zamawiającego warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają na celu zapewnienie należytego wykonania prac oraz są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia został określony w sposób jednoznaczny i w oparciu o przedmiot zamówienia Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu. W świetle obowiązującego orzecznictwa Zamawiający stwierdził, że *„Zamawiający ma nie tylko prawo ale i obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu; dopuścić tylko takich wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia. Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie (utrudni to uczciwą konkurencję), ani zbyt niskie (przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia)”* (Wyrok z 23 lipca 2008 r. KIO/UZP 702/08). Również w wyroku z 18 grudnia 2007 r. KIO/UZP 1422/07 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *„postawione Wykonawcom wymagania powinny dawać pewność, iż wszystkie podmioty je spełniające dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a podmioty niespełniające ich prawdopodobnie nie będą w stanie zrealizować danego zamówienia”*.

Zamawiający stwierdził, że w sposobie określenia warunków nie jest związany przepisami ustaw szczególnych (Prawo budowlanego, czy innych), może nawet używać języka potocznego (np.: obiekt szkolny) - przy zastrzeżeniu, że warunek zostanie opisany w sposób czytelny tj. jasny i jednoznacznie zrozumiały dla uczestników postępowania (z założenia profesjonalistów w danej branży). W ocenie Zamawiającego sformułowanie *„na obiektach szkolnych”* odpowiada przedmiotowi zamówienia i nie ogranicza potencjalnych Wykonawców spełniających określone warunki do udziału w postępowaniu przetargowym.

W związku z powyższym stawianie Zamawiającemu zarzutu, iż potencjalny Wykonawca *„doznał uszczerbku albowiem z uwagi na postawione warunki podmiotowe nie jest on w stanie wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu pomimo posiadania potencjału i doświadczenia wystarczającego do należytego wykonania zamówienia”* Zamawiający uznał za bezzasadny.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 27 lutego 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący w treści odwołania potrzymał zarzuty z protestu żądając:

1. Powtórzenia czynności Zamawiającego,
  2. Zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z postanowienia zawartego w pkt 11. 1 ppkt. 4 s.i.w.z. wyrazów „na obiektach szkolnych”.
- Dodatkowo uzasadnił, iż *„utrzymanie takiego zapisu powoduje wyeliminowanie firmy z udziału w zamówieniach publicznych dotyczących obiektów szkolnych, a przecież konstrukcja tych budynków i sposób prowadzenia robót nie podlegają żadnej specyfice”*.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią „Odpowiedzi na odwołanie” z dnia 10 marca 2009 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

1. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia część 11 ust. 1 pkt 4 żądał przedstawienia: *„Wykazu, co najmniej dwóch robót budowlanych porównywalnych z przedmiotem zamówienia (na obiektach szkolnych) o wartości brutto, co najmniej 800 000, 00 PLN każda lub jedna o wartości brutto, co najmniej 1 600 000,00 PLN wykonanych w okresie pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie (referencje)”*,
2. Zgodnie z częścią 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia *„Opis przedmiotu zamówienia”* – przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, których zakres *„obejmuje przebudowę istniejącej kuchni oraz przedszkola i części pomieszczeń szkoły na potrzeby kuchni z jadalnią oraz na przedszkole wraz z sanitariatami. Przebudowę instalacji elektrycznej, wod-kan., cwu, c.o. Dobudowę klatki schodowej*

*wraz z nadbudową piętra na potrzeby przedszkola. Wykonanie instalacji wewnętrznych: wod-kan., c.o., elektrycznej”.*

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający wymagając doświadczenia w robotach budowlanych jedynie na obiektach szkolnych naruszył art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 i Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) *Zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.*

Zamawiający, poza określeniem liczby robót, którymi muszą legitymować się wykonawcy, podał także minimalną wartość wykonanych robót, którą należy się wykazać – dookreślając, iż będzie jedynie uznawał doświadczenie w robotach budowlanych uzyskane „na obiektach szkolnych”.

Skład orzekający Izby uznał, że wymóg ten jest wymogiem ograniczającym warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, postawionym ponad uprawnienia Zamawiającego, gdyż dyskwalifikuje on udział Odwołującego się a także innych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przedmiot zamówienia, opisany w dziale 4, nie charakteryzuje przedmiotu zamówienia w jakiś specjalnie wyjątkowy, czy też technologicznie odmienny sposób, uzasadniający stawianie takiego wymogu. Zakresem robót objęte są typowe czynności budowlane, które mogą być wykonywane na innych obiektach użyteczności publicznej, niekoniecznie na obiektach szkolnych.

Stanowisko Zamawiającego, iż przepisy szczególne, w tym rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690), rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny w publicznych i niepublicznych szkołach i placówkach (Dz. U. z 2002 r. Nr 6, poz. 69), czy też Polska Norma PN-EN 12464-2 tablica 5.6 – pomieszczenia edukacyjne, wprowadzające szereg szczególnych unormowań związanych z budynkami

szkolnymi w zakresie np. szerokości schodów, budowy poręczy, oświetlenia, szerokości korytarzy, uprawniające go do postawienia wymogu wykazania się doświadczeniem „na obiektach szkolnych” jest przeświadczeniem błędnym, nie pozwalającym Zamawiającemu na nierespektowanie, przy określeniu warunków udziału w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba uznała, że sformułowanie warunku przedstawienia wykazu co najmniej dwóch robót budowlanych porównywalnych z przedmiotem zamówienia (na obiektach szkolnych) narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż prowadzi do zawężenia grona potencjalnych wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i jednocześnie byłiby w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty, tym bardziej, że przedmiotem zamówienia są typowe roboty budowlane, które będą wykonywane pod nadzorem osób posiadających stosowne do tego celu uprawnienia, zarówno ze strony wykonawcy, jak i ze strony Zamawiającego – inspektora nadzoru. Ponadto roboty te będą wykonywane w oparciu o opracowane projekty budowlane, które *de facto* stanowią podstawę do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Korekty robót w odniesieniu do projektu odbywać się będą bezpośrednio w trakcie realizacji zamówienia, przez uprawnione do tego osoby, zdaniem Izby bez zagrożenia dla prawidłowego jego wykonania.

Skład orzekający Izby uwzględniając odwołanie wskazuje, aby Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, który umożliwi potencjalnym wykonawcom spełnienie warunku doświadczenia, jednocześnie nieograniczający zasady uczciwej konkurencji.

Na podstawie przepisu art. 191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*