

Sygn. akt KIO/UZP 489/09

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A. ul. Generała Zajączka 9, 01-518 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Wilanów u. Stanisława Kostki Potockiego 11, 02-958 Warszawa**, protestu z dnia **3 kwietnia 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie. Nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie warunku doświadczenia i wiarygodności technicznej, przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zrealizowali roboty i przedstawią wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, zawierający:

- min. 1 robotę budowlaną dotyczącą wybudowania krytej pływalni o kubaturze min. 18 980 m³ „pod klucz” (obiekt wykończony nadający się do przystąpienia do użytkowania bez wyposażenia), z podaniem jej wartości, kubatury oraz daty i miejsca wykonywania wraz z załączeniem min. 1 dokumentu potwierdzającego, że wykazana robota została wykonana należycie i**

– min. 1 robotę budowlaną dotyczącą wybudowania hali sportowej o porównywalnej wielkości i funkcji, jak przedmiot zamówienia o wymiarach areny minimum 36x19m „pod klucz” (obiekt wykończony nadający się do przystąpienia do użytkowania bez wyposażenia), z podaniem jej wartości, kubatury, wymiarów areny oraz daty i miejsca wykonywania wraz z załączeniem min. 1 dokumentu potwierdzającego, że wykazana robota została wykonana należycie.

Nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian, w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz w wytycznych wraz z załącznikami, dotyczących sposobu przygotowania wniosku.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnice Wilanów u. Stanisława Kostki Potockiego 11, 02–958 Warszawa,

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 **SKANSKA S.A. ul. Generała Zajęczka 9, 01–518 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnice Wilanów u. Stanisława Kostki Potockiego 11, 02–958 Warszawa, protestu z dnia 3 kwietnia 2009 r. na rzecz SKANSKA S.A. ul. Generała Zajęczka 9, 01–518 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A. ul. Generała Zajęczka 9, 01–518 Warszawa.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę pływalni, hali sportowej wraz z parkingiem podziemnym przy Zespole Szkół Nr 79 przy ul Wiertniczej w Warszawie, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, został wniesiony protest, a następnie odwołanie, na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w dniu 21.03.2009 r. w Dz. Urz. UE Nr 2009/S 56 – 080685. W proteście złożonym w dniu 3 kwietnia 2009 r., odwołujący Skanska SA, zarzucił zamawiającemu Gminie Miasta Stołecznego Warszawa, Dzielnica Wilanów, naruszenie 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, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), to jest:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy,
- 2) art. 26 ust. 1 ustawy,
- 3) § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz wskazanie, iż weryfikacja warunków w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej nastąpi po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy i dotyczyć będzie jednego wybranego wykonawcy. W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów, odwołujący podniósł, iż warunki udziału w postępowaniu, jakie zostały postawione w ogłoszeniu, pozostają niezgodne z obowiązującymi przepisami, prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, w zakresie zdolności technicznej, postawił wymóg załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, zawierający:

- 1) minimum jedną robotę budowlaną dotyczącą wybudowania krytej pływalni o kubaturze minimum 16900 m³ „pod klucz” (obiekt nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia), z podaniem jej wartości, kubatury, daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentu, że robota została wykonana należyście,
- 2) minimum jedną robotę budowlaną dotyczącą wybudowania hali sportowej o kubaturze minimum 29000 m³ „pod klucz,” z podaniem jej wartości, kubatury, daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że robota została wykonana należyście.

Konfrontując ww. parametry obiektów referencyjnych z zawartym w ogłoszeniu opisem przedmiotu zamówienia, w zakresie kubatury, wykonawca zobowiązany jest wykazać się realizacją dokładnie takiej samej wielkości obiektu, jak przedmiot zamówienia, co przeczy treści normy, określonej w § 1 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który mówi o obowiązku wykazania doświadczenia przy realizacji robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, a nie robót identycznych, gdyż taki warunek nadmiernie ogranicza konkurencję. Na potwierdzenie swego stanowiska, odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. 665/08 i KIO/UZP/768/08. Postawione przez zamawiającego warunki doświadczenia i zdolności technicznej do realizacji zamówienia, przez żądanie wskazania identycznych kubatur, w robotach referencyjnych, jak w opisie przedmiotu zamówienia ograniczają uczciwą konkurencję, więc takie wymagania należy uznać za wygórowane. Odwołujący stwierdził, że opisane przez zamawiającego warunki, naruszają interes prawny wykonawcy, gdyż uniemożliwiają udział w postępowaniu oraz uzyskanie zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że obiekty przyszkolnych hal sportowych, z reguły nie przekraczają kubatury 15–20 000 m³. Nie są to obiekty olimpijskie, do prowadzenia zawodów sportowych określonej klasy.

Zamawiający w odniesieniu do wykazania zdolności finansowej, dopuścił możliwość przedstawienia kopii polisy OC lub innego dokumentu, potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę 35 000 000,00 zł., wymaganą wyłącznie od wybranego wykonawcy przed podpisaniem umowy. W ocenie odwołującego, jest to działanie bezprawne i rażąco naruszające przepisy ustawy. Zarzut ten potwierdza treść orzeczenia KIO/UZP 11/07 z 2.01.2008 r. Zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu, wartość przedmiotowego zamówienia przekracza 5 150 000 euro. Z tych względów zamawiający nie może poprzestać na oświadczeniu wykonawcy, co do spełnienia wymagań określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, i zobowiązany jest żądać stosownie do art. 26 ust. 1 Pzp, dokumentów potwierdzających spełnienie ustalonych warunków, na dzień składania wniosków, a nie na dzień podpisania umowy z wybranym wykonawcą. Wymóg udokumentowania sytuacji finansowej winien dotyczyć wszystkich wykonawców, a nie tylko wybranego. Stanowisko zamawiającego, że weryfikacja warunków może nastąpić po wyborze oferty, przed podpisaniem umowy przeczy zasadzie udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia, w zakresie określenia warunków udziału i sposobu oceny ich spełnienia:

- przez wykreślenie wielkości kubatury obiektów, których realizacją ma się wykazać wykonawca lub ustanowienia wskaźnika kubatury na poziomie co najmniej o 30% mniejszego w stosunku do żądanego w pierwotnie ogłoszonych warunkach,
- wskazanie, iż spełnienie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej postawionego w sekcji III 2.2 ogłoszenia, wykonawcy są zobowiązani potwierdzić na dzień składania wniosku, przez dołączenie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie i na kwotę wskazaną w ogłoszeniu.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe oddalenie. W uzasadnieniu swego stanowiska uwzględnił argumentację firmy Skanska SA, że na potwierdzenie, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, powinien żądać nie tylko oświadczenia, ale złożenia polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

W odniesieniu do zarzutów protestu, podniesionych wobec wymagań określonych w sekcji III 2.3 ogłoszenia, zamawiający stwierdził, iż po ponownym przeanalizowaniu wielkości kubatur, dokona ich zmiany, w zakresie podanym w punkcie 2 protestu.

W związku z dokonaną zmianą warunków udziału w postępowaniu i sposobu wykazania ich spełnienia, zamawiający w dniu 6 kwietnia 2009 r. oraz w dniu 10 kwietnia 2009 r. wprowadził zmiany ogłoszenia o zamówieniu, w odniesieniu do ustalenia warunków udziału oraz wymaganych dokumentów oraz zmienił opis przygotowania wniosku i przesunął termin składania wniosków do dnia 11 maja 2009 r.

W odwołaniu wniesionym w dniu 16 kwietnia 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, odwołujący podtrzymał nieuwzględnione zarzuty protestu oraz wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, przez wykreślenie wielkości kubatury obiektów, których realizacją ma się wykazać wykonawca lub ustanowienia wskaźnika na poziomie co najmniej 30% mniejszego w stosunku do podanego w pierwotnie ogłoszonych warunkach.
- 3) nakazanie zamawiającemu dostosowania wysokości polisy OC, do wielkości i charakteru przedmiotu zamówienia. tj. utrzymania jej w pierwotnie wymaganej wysokości.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, odwołujący przytoczył argumentację podnoszoną

w proteście. Oceniał, iż uznanie jego protestu w części, dotyczyło drugiego z zarzutów i to nie w pełnym zakresie. Zamawiający zmienił treść ogłoszenia i zażądał przedłożenia przez wykonawców polisy OC lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 1 000 000,00 zł. w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Wraz z rozstrzygnięciem protestu zamawiający przekazał informację o zmianie treści ogłoszenia, z którego wynika, że obniżył kubaturę referencyjnego obiektu hali sportowej o 2000 m³, natomiast podwyższył kubaturę referencyjnego basenu o tę samą wielkość, czyli o 2000 m³. Dokonana zmiana ogłoszenia nie odpowiada żądaniom odwołującego, zgłoszonym w proteście, zatem uznał on wniesienie odwołania za zasadne. Dalej odwołujący wywodził, że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dokonanej zmiany obiektów kubaturowych, których realizacją ma się wykazać wykonawca. W wyniku tego zabiegu, suma kubatury obydwu obiektów referencyjnych, pozostaje identyczna z kubaturą przedmiotu zamówienia. Z tych względów odwołujący podtrzymał zarzuty oraz żądania. Odnosząc się do dokonanej przez zamawiającego zmiany w zakresie polisy OC, odwołujący nie zgodził się z tak drastycznym obniżeniem jej wysokości z 35 mln na 1 000 000,00 zł. Polisa została podana jako jedyny dokument potwierdzający, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Na tym etapie postępowania (przetarg ograniczony), nie jest znana treść umowy ani też zasady rozliczeń, częstotliwość fakturowania, suma faktur przejściowych, ani nawet to czy zamawiający dopuści fakturowanie częściowe. Tak więc kwota jednego miliona złotych jest rażąco niska i nijak się ma do wysokości środków zabezpieczonych na ten cel w budżecie Miasta Stołecznego Warszawy. W przekonaniu odwołującego, zamawiający naraża się na niebezpieczeństwo, że wykonawca, który w określonym zakresie kredytuje prowadzone roboty, nie podoła finansowo realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uzyska pokrycia ewentualnych roszczeń z takiej polisy OC, która nie ma przymiotu gwarancji bankowej, lub ubezpieczeniowej. W praktyce może się zdarzyć, że w okresie od złożenia wniosku do momentu podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, kwota stanowiąca sumę ubezpieczenia zostanie skonsumowana. W obliczu trudnej sytuacji na rynku i nieprzewidywalnej dynamiki warunków prowadzenia działalności gospodarczej, istnieje realne zagrożenie niewywiązywania się z kontraktów. Zatem tak liberalne potraktowanie przez zamawiającego kwestii zweryfikowania sytuacji finansowej wykonawcy, nie może zostać zaakceptowane.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z ogłoszeń o zmianach ogłoszenia, z udzielonych wyjaśnień, uchwały Zarządu Dzielnicy Wilanów w sprawie oznaczenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, wytycznych Ministra Sportu z 2007 r. – zasady projektowania „Wojewódzkich Programów Rozwoju Bazy

Sportowej”, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, opisu sposobu sporządzenia wniosku wraz z załącznikami.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione przez pełnomocników do protokołu rozprawy.

W zakresie rozpatrzenia zarzutów odwołania istotne znaczenie mają następujące postanowienia ogłoszenia oraz dokumentacji postępowania.

Sekcja II.1.5 ogłoszenia zawiera opis przedmiotu zamówienia, który został podany również we załączniku nr 6 do wytycznych w sprawie sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówienia obejmuje:

1. pływalnię,
2. halę sportową,
3. parking podziemny,
4. niezbędną infrastrukturę techniczną,

Zakres prac:

1. budowa obiektu,
2. wyposażenie obiektu w instalacje techniczne,
3. wyposażenie wewnątrz w oraz roboty wykończeniowe ,
4. drogi, chodniki, oświetlenie, zieleń, przygotowanie placu budowy.

Obiekt zaprojektowano przy istniejącym obiekcie szkolnym, jako budynek trzykondygnacyjny (1 podziemna i 2 naziemne) o powierzchni zabudowy 3 401,00 m² i kubaturze 45 980 m³. (jedna bryła), którego elementami składowymi są:

- hala o konstrukcji mieszanej z zapleczem,
- pływalnia o konstrukcji szkieletowej słupowo ryglowej – monolitycznej.

W hali zaprojektowano boisko do piłki ręcznej o wymiarach 20x40 m, boiska do koszykówki, siatkówki i treningowe wraz z widownią stałą oraz galerią z miejscami stojącymi. Niezbędne zaplecze dla uczniów zlokalizowane pod widownią. W pływalni przewidziano basen o wymiarach 12,5x25 m, o głębokości 140 do 180 cm oraz brodzik o powierzchni 37,30 m² i głębokości 0,40 do 0,5 m. Basen rekreacyjny o powierzchni 64 m² i głębokości 0,8 – 1,1 m. Termin wykonania zamówienia został przewidziany na okres do 30 września 2011 r. całość, hala sportowa do 30 sierpnia 2010 r. (25 miesięcy od podpisania umowy).

Jak wynika z uchwały nr 699/II/09 Zarządu Dzielnicy Wilanów m. st. Warszawy z dnia 18.03.2009 r. szacunkowa wartość zamówienia podstawowego, wynosi 35 061 300, 00 zł. brutto (ca 9 043 176,60 euro). Środki finansowe zabezpieczone zostały w załączniku do uchwały budżetowej m. st. Warszawy, na rok 2009 - 7 361 300,00 zł., na rok 2010 – 14 840 000,00 zł., na rok 2011 - 12 860 000,00 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 11.04.2009 r. (zmiana) nr 2009 /S 71 – 102265 zawiera aktualnie następujące postanowienia, odnoszące się do przedstawionych przez odwołującego zarzutów:

Sekcja III.2. warunki udziału - zdolność ekonomiczna i finansowa oraz zdolność techniczna.

1. posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę min. 1 000 000,00 zł. w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej,
2. w postępowaniu może uczestniczyć wykonawca, który wykonał minimum 1 robotę budowlaną, dotyczącą wybudowania krytej pływalni o kubaturze minimum 18980 m³, pod klucz” (obiekt wykończony, nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia) i minimum 1 robotę budowlaną dotyczącą wybudowania hali sportowej o kubaturze minimum 27 000 m³ pod klucz” (obiekt wykończony, nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia).

Sekcja III.2.2 - zdolność ekonomiczna i finansowa.

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów:

1. polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę min. 1 000 000,00 zł w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Sekcja III.2.3 – zdolność techniczna.

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów:

2. wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, zawierający: 1.1 – minimum 1 robotę budowlaną, dotyczącą wybudowania krytej pływalni o kubaturze minimum 18980 m³ „pod klucz” (obiekt wykończony, nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia) z podaniem jej wartości, kubatury oraz daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem minimum 1 dokumentu potwierdzającego, że wykazana robota została wykonana należycie i 1.2 minimum 1 roboty budowlanej, dotyczącej wybudowania hali sportowej o kubaturze minimum 27 000 m³ „pod klucz” (obiekt wykończony, nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia) z podaniem jej wartości, kubatury, oraz daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem minimum 1 dokumentu potwierdzającego, że wykazana robota została wykonana należycie.

Sekcja IV 1.2. - obiektywne kryteria ograniczonej liczby kandydatów.

Wykonawcy, którzy wykazali się wykonaniem – minimum 1 roboty budowlanej, dotyczącej wybudowania krytej pływalni o kubaturze minimum 18980 m³, „pod klucz” (obiekt wykończony, nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia) i minimum 1 roboty budowlanej, dotyczącej wybudowania hali sportowej o kubaturze minimum 27 000 m³ „pod klucz” (obiekt wykończony, nadający się do przystąpienia do użytkowania, bez wyposażenia), z załączeniem dokumentów, potwierdzających ich należyte wykonanie otrzymają – 100 punktów. Za każdą dodatkową powyżej wskazanego minimum, wykazaną robotę budowlaną, dotyczącą wybudowania krytej pływalni o kubaturze min. 18980 m³ lub hali sportowej o kubaturze min. 27 000m³, z załączeniem dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, wykonawca otrzyma 10 punktów.

Wzór wykazu robót, zawiera załącznik nr 4 do opisu sposobu przygotowania wniosku.

Izba zważyła co następuje.

Znamienne jest, co podkreślał odwołujący, że zamawiający ustalił liberalne warunki, w zakresie zdolności ekonomiczno – finansowej w wysokości 1 000 000, 00 zł., wobec wartości przedmiotu zamówienia przewyższającej 35 000 000,00 zł. Natomiast w odniesieniu do potencjału technicznego, mierzonego kubaturą obiektów referencyjnych, wymaga doświadczenia przy realizacji dokładnie takiej wielkości obiektów (pływalni i hali sportowej), jak przedmiot zamówienia i jest to warunek łączny o charakterze granicznym, umożliwiającym udział w przetargu.

Obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie takich warunków udziału w postępowaniu, które zapewniają dostęp do ubiegania się o dopuszczenie do składania ofert, wykonawcom zdolnym wykonać dane zamówienie terminowo i w należyty sposób. Z uwagi na uregulowania odnoszące się do przetargu ograniczonego, stosownie do art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp, zamawiający ma obowiązek w ogłoszeniu zawrzeć opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie z art. 51 Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu i złożenia oferty, wykonawców w liczbie podanej w ogłoszeniu, którzy uzyskali najlepsze wyniki przy ocenie spełnienia warunków udziału, na podstawie przyznanej punktacji. W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający w sekcji IV 1.2 ogłoszenia podał, że zaprosi do składania ofert 5 wykonawców. Z tych względów należyte i wyczerpujące opisanie warunków udziału i sposobu ich oceny, ma dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji zasadnicze znaczenie, gdyż w wyniku nieprawidłowych czynności zamawiającego, do postępowania może zostać niedopuszczony, lub źle oceniony wykonawca, który w większym stopniu gwarantuje

prawidłowe wykonanie zamówienia, niż inni, którzy w myśl wadliwych reguł, mogą uzyskać kwalifikację do postępowania. Obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia, w stosunku do wszystkich warunków determinujących ten udział, a ze szczególną starannością do tych, które mają podlegać ocenie, w ramach ustalanego rankingu wykonawców, dopuszczonych do złożenia oferty. Stosownie do postanowień art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Postanowienia art. 25 ust 1 pkt 1 Pzp zezwalają na żądanie oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, jednocześnie wyznaczonych granicami rzeczowymi i wartością danego przedmiotu zamówienia. Art. 26 ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do wymagania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż kwoty, od których zależy publikacja ogłoszenia w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) w § 1 ust. 2 pkt 1 upoważniają zamawiającego do żądania wykazu robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania, odpowiadających swoim rodzajem wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Z określenia „odpowiadających swoim rodzajem” wywodzi się pogląd ugruntowany w praktyce i w orzecznictwie, że w żadnym z aspektów, które mogą być brane do porównania doświadczenia wykonawcy, z zadaniem stanowiącym przedmiot zamówienia, żądania nie mogą być tożsame (identyczne). Z przytoczonego wyżej opisu przedmiotu zamówienia wynika, że pływalnia i hala sportowa, stanowi obiekt jednobryłowy, o łącznej kubaturze 45 980,00 m³, odpowiadającej dokładnie sumie kubatury minimalnej obiektów referencyjnych (krytej pływalni – 18 980 m³ i hali sportowej – 27 000 m³, po korekcie dokonanej przez zamawiającego). Z tych względów Izba uznała zarzut odwołującego za zasadny. Rozporządzenie w sprawie dokumentów, mówi o rodzaju robót, zatem zamawiający winien odnosić swoje wymagania do charakterystyki obiektu, stopnia skomplikowania robót, czy wielkości, mierzonej nie wyłącznie kubaturą, a także powierzchnią basenu, powierzchnią hali sportowej (boisk). Do porównania powinno służyć przeznaczenie danego obiektu, jako szkolnego, bądź szkolnego i rekreacyjnego ogólnie

dostępnego, z możliwością użytkowania w oznaczonym zakresie, przez określoną liczbę osób, a więc odnoszących się do wykonania porównywalnych kompleksów rekreacyjno - sportowych. Ustawodawca wprost wskazał w cytowanym wyżej przepisie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, że wyznacznikiem może być porównywalna wartość obiektów referencyjnych, z reguły ustalana w postępowaniach, na poziomie niższym niż dokładna wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia. Postawiony warunek tylko pozornie jest równy dla wszystkich wykonawców. Ograniczenie dostępu do postępowania, przez ocenę jednego elementu charakterystyki, to jest kubatury obiektów referencyjnych, który to parametr sam w sobie nie odzwierciedla istotnych dla zweryfikowania zdolności technicznej wykonawcy cech wykazanych robót, narusza interesy wykonawców, zainteresowanych udziałem w postępowaniu, gdyż mimo, że mają doświadczenie i dysponują potencjałem technicznym dla właściwego i terminowego wykonania obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia, przy ustalonym przez zamawiającego warunku dopuszczenia do postępowania, wbrew postanowieniom art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, mogą zostać pozbawieni szansy na złożenie konkurencyjnej oferty. Konkluzja taka prowadzi do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 Pzp, przez niezapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przy czym należy mieć na uwadze, że po stronie wykonawcy, który powołuje się na możliwość doznania uszczerbku interesu prawnego, leży obowiązek uprawdopodobnienia, iż warunki udziału zamykają dostęp do postępowania, stwarzają nierówne reguły konkurencji, nie zaś ścisłego udowodnienia tego faktu. Izba nie zgadza się z tymi twierdzeniami zamawiającego, że ma on prawo postawić wymaganie wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu, zrealizowaniem obiektów charakteryzujących się wybraną do oceny, cechą wielkości kubatury, stricte jak w przedmiocie zamówienia. Odwołujący stwierdził w trakcie rozprawy, iż nie podtrzymuje zarzutu, w odniesieniu do wymaganej kubatury basenu i jest w stanie spełnić oczekiwania zamawiającego w tym zakresie. Natomiast podtrzymał zarzut w odniesieniu do kubatury hali sportowej, gdyż nie może wykazać się zrealizowaniem hali sportowej o podanej kubaturze.

Izba nie była w stanie ustalić obiektywnych mierników odnoszących się do kubatury hal sportowych, w zależności od rodzaju obiektu i jego przeznaczenia. Z zasad projektowania „Wojewódzkich Programów Rozwoju Bazy Sportowej „ opracowanych przez Ministra Sportu w 2007 r., wynika, że dla ośrodków dzielnicowych w dużych miastach, przyjęto modelową wielkość budowy obiektów i urządzeń sportowych:

- z halą sportową o wymiarach 36x19m z widownią składaną na około 300 osób,
- z krytą pływalnią 6– torową o długości niecki 25 m.

Tak więc decydujące znaczenie ma porównanie (wymiarów) powierzchni basenu i hali sportowej (boisk). We wszystkich materiałach informacyjnych na temat obiektów

sportowych, podawane są wymiary boisk, czy pływalni, a nie kubatura obiektu. Wymagania doświadczenia i potencjału wykonawcy powinny być odnoszone do charakteru obiektu sportowego i jego przeznaczenia. Z tych względów, Izba nakazała zmianę ogłoszenia o zamówieniu w części odnoszącej się do wielkości obiektów referencyjnych – hali sportowej, gdzie jako kryterium klasyfikacyjne, winien służyć obiekt o charakterze ośrodka dzielnicowego w dużych miastach, o typowych wymiarach areny nie mniejszych niż 36x19m.

Izba, co do zasady podzieliła również poglądy odwołującego, odnośnie postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wykazania zdolności finansowej wykonawcy do realizacji zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, na potwierdzenie opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać według swego wyboru: sprawozdania finansowego, informacji banku o wysokości posiadanych środków, bądź zdolności kredytowej, lub też polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, z podaniem wymaganej wysokości środków, czy sumy ubezpieczenia korespondującej z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia i warunkami płatności.

Zamawiający uznał zarzuty protestu i zmianą ogłoszenia, wprowadził warunek weryfikacji wiarygodności finansowej wykonawców, na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Uzasadnioną wątpliwość budzi, obniżenie sumy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, do poziomu 1 000 000, 00 zł., jest to kwota niewspółmierna do przedmiotu i wartości zamówienia, które przyjdzie realizować wybranemu wykonawcy. Zdolność ekonomiczno finansowa jest nie mniej ważna od zdolności technicznej i doświadczenia wykonawcy, warunkuje prawidłowe i terminowe zrealizowanie inwestycji. Z tych względów, w ocenie Izby, zamawiający winien dysponować należyтыми instrumentami do przeprowadzenia weryfikacji wykonawcy i upewnienia się, że jest on zdolny wykonać zamówienie. Kwota wymagana 1 000 000,00 zł., w zestawieniu z kwotą stanowiącą wartość zamówienia, to jest 35 061 300,00 zł., może nie gwarantować, iż sytuacja wykonawcy, umożliwi podjęcie się wykonania tego zadania inwestycyjnego. Należy mieć jednak na uwadze, że zgodnie z zabezpieczonymi na ten cel środkami na poszczególne lata w budżecie miasta st. Warszawy, wykonawca, nie będzie kredytował całości budowy, gdyż w jej trakcie będą dokonywane rozliczenia. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który w stosunku do wartości zamówienia, posiada asekurację na niewspółmierną kwotę 1 000 000, 00 zł., może przełożyć się na umożliwienie złożenia oferty i wyboru wykonawcy, który na dzień złożenia wniosków, według którego przebiega weryfikacja, nie jest w stanie wykazać dostatecznej wiarygodności finansowej i przez to nie

daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Nawet jeżeli zamawiający zamierza w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postawić wykonawcy wybranemu warunek przedstawienia przed zawarciem umowy dokumentu zawarcia umowy ubezpieczenia wszystkich ryzyk budowy CAR/EAR, na sumę 35 000 000, 00 zł., co zostało przyznane w trakcie rozprawy i na co wskazuje pierwotny warunek ogłoszenia, to obejmuje ono szkody na placu budowy i związaną z tym odpowiedzialność cywilną, z możliwością zawarcia klauzul dodatkowych. Ten rodzaj ubezpieczenia, służy innym celom i nie może być miernikiem wiarygodności finansowej wykonawcy. Izba miała jednak na względzie, że postawiony warunek udziału w zakresie wiarygodności finansowej, nie narusza interesu prawnego odwołującego, gdyż jest dla niego możliwy do spełnienia, co odwołujący wprost potwierdził. Zamawiający nie uczynił tego wymagania kryterium oceny warunków udziału w postępowaniu, zatem nie służy on do ustalenia listy rankingowej wykonawców dopuszczonych do złożenia oferty. Z tych względów Izba nie znalazła podstaw, do uwzględnienia wniosku o zmianę ogłoszenia o zamówieniu w żądanym zakresie, podwyższenia sumy ubezpieczenia do kwoty 35 mln zł. Odwołujący wykonawca nie jest bowiem rzecznikiem interesu publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ustawa przyznaje mu prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jedynie w przypadku naruszenia bądź zagrożenia interesu własnego. Rolą zamawiającego jest zadbanie o interes publiczny i wyłonienie wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania umowy w wyniku udzielenia zamówienia.

Postępowanie dowodowe wykazało naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp oraz przepisów § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155).

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art.191 ust. 6 i 7 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....