

Sygn. akt: KIO/UZP 653/09

WYROK
z dnia 4 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Ryszard Tetzlaff Renata Tubisz
Protokolant:	Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUDIMEX DROMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, Puchaczów, 21-013 Bogdanka** protestu z dnia 28 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyjaśnień z dnia 23.04.2009 r. dotyczących wymagania aby obiekt referencyjny - wykonanie budowy lub rozbudowy minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów budowlano-przemysłowych o wartości nie mniejszej niż 80 mln zł netto zostało wykazane w ramach jednego kontraktu.

2. Kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, Puchaczów, 21-013 Bogdanka

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **BUDIMEX DROMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, Puchaczów, 21-013 Bogdanka** na rzecz **BUDIMEX DROMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) 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 **BUDIMEX DROMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na odstawy urobku z szybu 2.1 w polu Stefanów do Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w polu Bogdanka w Lubelskim Węglu „Bogdanka” SA, w zakresie obejmującym wykonanie projektów wykonawczych, budowę obiektów, dostawę urządzeń i wyposażenia, montaż na miejscu budowy, uruchomienie rozruch maszyn i urządzeń oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, ogłoszonym w TED 2009/S 74 - 107699 z dnia 17 kwietnia 2009 r., w dniu 28 kwietnia 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Budimex Dromex SA z siedzibą w Warszawie.

Złożenie protestu nastąpiło na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2009 r. Zakwestionowane zostały postanowienia wyrażone w zdaniu drugim pkt. 3 rozdziału V o następującym brzmieniu: "warunek minimalny - wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów, budowlano-przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto," przy uwzględnieniu wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w odniesieniu do cytowanego wyżej wymogu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Spółce Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223,

poz. 1655, Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, to jest:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i przepisów 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 ze zm.), przez wymaganie aby wykonawca dla uczestniczenia w przetargu wykazał się budową lub rozbudową minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów, budowlano - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto, "w ramach jednego kontraktu",
2. art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), przez zróżnicowanie traktowania wykonawców,
3. art. 5 i art. 58 K.c. w związku z art. 14 Pzp, przez sformułowanie warunków podmiotowych w sposób naruszający ustawę, a więc skutkujący nieważnością tych postanowień, przy uwzględnieniu, że mają one na celu niezgodne ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem, korzystanie z prawa,
4. art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
5. art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, przez nieuzasadnione ograniczanie wolności działalności gospodarczej.

Odwołujący podał, że jego interes prawny we wniesieniu protestu sprowadza się do ochrony prawa do ubiegania się o zamówienie oraz zażądał skreślenia cytowanego wyżej zdania drugiego w pkt. 3 w rozdziale V SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów protestu, odwołujący podniósł, że wyznaczenie progu minimalnego 80 000 000,00 zł. netto dla wartości referencyjnych robót budowlanych w ramach jednego kontraktu, których wykonaniem ma się legitymować wykonawca, dla wykazania zdolności technicznej i doświadczenia zawodowego, powoduje, że oferenci którzy wykonywali roboty budowlane o dużej wartości w ramach kilku kontraktów, a nie jednego nie mogą wskutek wyznaczonego warunku złożyć ważnej oferty. Ponadto wskazał, że wymóg wykazania realizacji obiektu o jednostkowym koszcie netto 80 000 000,00 zł. pozostaje w dysproporcji z warunkami odnoszącymi się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, określonej kwotą przychodu za ostatnie trzy lata obrotowe o wartości wyższej niż 200 000,00 zł netto, albowiem wykonawca, który zrealizowałby zadanie o wartości 80 000 000,00 zł. wygenerowałby przychód na poziomie wyższym. Wskazana kwota wartości 80 000 000, 00 zł netto obiektu referencyjnego w stosunku do wymagań w zakresie osiągniętych przychodów, z tytułu prowadzonej działalności jest nieproporcjonalna.

Odwołujący podkreślił, że 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, a na ten aspekt wskazuje również 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. Sołtyśńska: Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006, s. 287-288). Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Ustawodawca nie określił sposobu zdobywania wiedzy czy doświadczenia. To zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Jednocześnie ustawodawca w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp nałożył na zamawiających obowiązek, że nie można określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Paragraf 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 ze zm.) określa, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia 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. Zatem, ani z art. 22 ustawy Pzp, ani z cytowanego rozporządzenia nie da się wywieść prawo zamawiającego do decydowania o tym, że będzie preferował wykonawców, którzy wykonali (budowa lub rozbudowa) minimum jeden obiekt lub zespół obiektów budowlano - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto w ramach jednego kontraktu. W punkcie 3 rozdziału V, zdanie drugie, zamawiający wprawdzie nie wskazał wprost nazwy wykonawcy, nie oznacza to jednak, iż nie doszło do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., w którym Sąd ten wyjaśnił, iż "Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w

postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z warunków udziału w postępowaniu wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". Jako formę dyskryminacji pośredniej, przyjmuje się ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczających krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok z dnia 1 października 2008r. Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 984/08). Z naruszeniem bowiem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak, że będzie je mógł spełnić tylko jeden wykonawca lub gdy będzie stawiał określonych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych. Odwołujący podtrzymał zarzut, że przez dokonany opis warunków udziału w postępowaniu, zamawiający uchybił postanowieniom art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w jego ocenie treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zdania drugiego pkt. 3 rozdziału V narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz zakazu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Oprotestowane zapisy SIWZ determinują wymagania podmiotowe, jakim sprostać muszą wykonawcy. Przekładają się one na dostępność przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 12 maja 2009 r., zamawiający oddalił protest w całości. Zamawiający uznał za niezasadne postulowane skreślenie z warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej zdania drugiego rozdziału V pkt. 3, o następującej treści: " w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia," to jest wykreślenia zdania – „warunek minimalny - wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu, lub zespołu obiektów, budowlano-przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł netto w ramach jednego kontraktu." W ocenie zamawiającego warunek ten nie wskazuje wykonawcy zamówienia, a wyznaczony próg wartości robót referencyjnych, w ramach jednego kontraktu jest adekwatny do wartości i złożoności przedmiotowego zamówienia. Natomiast podany w SIWZ wymagany przychód netto za ostatnie trzy lata obrotowe, to kwota 200 000 000,00 zł netto, a nie 200 000,00 zł., jak mylnie podał odwołujący w proteście. Z czego wynika, że wymagania w zakresie zdolności finansowej są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, iż wymóg wykazania się przez wykonawców robotą o wartości 80.000.000,00 zł. jest w pełni uzasadniony i nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2009 r., jako wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty, do postępowania wywołanego protestem zgłosili swoje przystąpienie:

1. w dniu 4 maja 2009 r. Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „Pemug” SA z Katowic, wnosząc o oddalenie protestu, gdyż stanowisko odwołującego, że stawiane wymagania ograniczają go w możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie, nie stanowi dowodu na okoliczność naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.
2. w dniu 4 maja 2009 r. Warbud SA z Warszawy, wnosząc o oddalenie protestu, gdyż uchylene kwestionowanych postanowień SIWZ skutkowałoby dopuszczeniem do udziału w postępowaniu firm, nieposiadających wystarczającego doświadczenia i potencjału, dla należytego wykonania zamówienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 15 maja 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty i żądania protestu zostały utrzymane w całości.

Odwołujący podtrzymał przedstawioną argumentację protestu i podał dodatkowe uzasadnienie. W przekonaniu odwołującego, wprowadzenie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kwestionowanego warunku, wskazuje na jednego wykonawcę. Wyznaczenie bowiem progu 80.000.000,00 zł. netto na wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów, budowlano-przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto w ramach jednego kontraktu (co zostało wyjaśnione w piśmie z dnia 23.04.2009 roku na zadane pytanie od jednego z wykonawców) powoduje, że pozostali oferenci mający referencje na wykonanie robót budowlanych o dużej wartości w ramach kilku kontraktów na jednym zadaniu inwestycyjnym (a nie na podstawie jednego kontraktu), nie mogą na skutek podanego warunku złożyć ważnej oferty. Odwołujący zaznaczył, iż jego przychody roczne z działalności gospodarczej wynoszą ponad 3,5 mld złotych i pomimo generowania tak dużych obrotów obejmujących wielokrotność kwoty 80.000.000,00 zł., opisane wyżej kryterium powoduje utratę możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. W ten sposób w ocenie odwołującego następuje eliminacja również dużych przedsiębiorców, co czyni zamówienie publiczne niezgodne z prawem. Nie można bowiem poprzez treść SIWZ powodować, aby wykonawcy, którzy posiadają znaczące doświadczenie na skutek wykonania prac o wartości 3,5 mld rocznie, byli pozbawieni prawa udziału w przetargu, albowiem miliardowe obroty potwierdzone odpowiednimi referencjami stanowią o istotnym udziale w realizacji robót na rynku budowlanym. Wobec powyższego niczym nieuzasadnione kryterium wysokości zawieranych uprzednio kontraktów nie może różnicować poszczególnych przedsiębiorców. Odwołujący podtrzymał argumentację, że podany w SIWZ warunek, którego usunięcia się domaga, prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także

sam w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta, prowadząc w ten sposób do naruszenia art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, Odwołujący wskazał na sankcję nieważności czynności prawnej sprzecznej z zasadami współżycia społecznego (art. 58 i 5 K.c.), stanowiącej działanie zamawiającego, naruszające ustawę lub mające na celu jej obejście. Zamawiającemu, odwołujący przypisał naruszenie art. 22 Pzp w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, na skutek nieuzasadnionego ograniczania wolności działalności gospodarczej. Odwołujący zaprzeczył uprawnieniom zamawiającego do decydowania o tym, że preferowani będą wykonawcy, którzy wykonali (budowa lub rozbudowa) minimum jeden obiekt lub zespół obiektów, budowlano - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto w ramach jednego kontraktu. W punkcie 3 rozdziału V, zdanie drugie SIWZ zamawiający nie wskazał wprost nazwy wykonawcy, nie oznacza to jednak, w przekonaniu odwołującego, iż nie doszło do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców. Odwołujący ponownie powołał się na poglądy doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, przytoczone w treści protestu. Podał pod uwagę, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego jednoznacznie wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także Krajowej Izby Odwoławczej wynika bowiem, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych wykonawców. W opinii odwołującego, wykonanie jednego budynku lub zespołu budynków w ramach jednego kontraktu o wartości minimum 80.000.000,00 zł. powoduje zagrożenie uczciwej konkurencji oraz eliminuje prawie wszystkich wykonawców. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. KIO/UZP 2/09, która stwierdziła, że „swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne”. Natomiast w ocenie odwołującego, zamawiający nie udowodnił, że nadrzędnym celem jego wymagań – w zakresie wykonania jednego obiektu lub zespołu obiektów, ustanowienie wartości realizowanych wcześniej budowli w ramach jednego kontraktu nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto, ma prowadzić do zapewnienia wysokiego poziomu jakości wykonania prac i że nie zostanie to osiągnięte w przypadku zastosowania niższego progu kwotowego.

W związku z ponoszonymi argumentami, odwołujący wniósł o nakazanie wykreślenia lub alternatywnie o nakazanie zmiany brzmienia zdania drugiego w pkt. 3 w rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez nadanie brzmienia: „warunek minimalny - wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów budowlano - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń w formie kilku kontraktów o sumarycznej wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł w ramach jednego zadania inwestycyjnego (budowy/rozbudowy).

Na poparcie swego stanowiska i zgłoszonych żądań, odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach; KIO/UZP 285/09, KIO/UZP 300/09, KIO/UZP 303/09, KIO/UZP 2/09.

W ocenie odwołującego, zamawiający zobligowany był do rozstrzygnięcia protestu w terminie 10 dni, tj. do dnia 08 maja 2009 roku., a zamawiający oddalił protest w dniu 12 maja 2009 roku, a więc po terminie. W uzasadnieniu podał iż, próg 80.000.000, 00 zł. wartości netto roboty referencyjnej, nie powoduje utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem, mając na uwadze zaistniałe okoliczności faktyczne i prawne, które zostały przedstawione powyżej oraz w uzasadnieniu protestu, złożył odwołanie w związku z oddaleniem protestu i wniósł o uwzględnienie zgłoszonych żądań.

Wskazał, że jego interes prawny potwierdza się w okoliczności uniemożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz możliwości złożenia oferty, a uwzględnienie odwołania może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Do postępowania odwoławczego zgłosili swoje przystąpienie:

1. w dniu 21 maja 2009 r. Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „Pemug” SA z Katowic, po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania, gdyż stawiane wymagania są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a zakazu ograniczania konkurencji i równego traktowania wykonawców nie narusza dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych wykonać zamówienie,
2. w dniu 21 maja 2009 r. Warbud SA z Warszawy, po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania, z tą samą argumentacją jaką ponosił w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego wniesieniem protestu, gdyż uchylene kwestionowanych postanowień SIWZ skutkowałoby dopuszczeniem do udziału w postępowaniu firm, nieposiadających wystarczającego doświadczenia i potencjału, dla należytego wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, obliczenia szacunkowej wartości zamówienia, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, że Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „Pemug” SA z Katowic, oraz Warbud SA, nie spełnili warunków skutecznego przystąpienia do odwołania, stosownie do art. 184 ust. 4 w związku z art. 181 ust. 4 i art. 180 ust. 3 Pzp, z tych względów Izba nie dopuściła przystępujących do udziału w sprawie. Przystąpienie do postępowania wywołanego wniesieniem protestu winno nastąpić w ciągu trzech dni od powiadomienia, nie później niż do upływu terminu na złożenie protestu, a więc do dnia 2 maja 2009 r., a nie do 4 maja 2009 r. Nie zmienia tego okoliczność, że zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu w dniu 29 kwietnia 2009 r. Wykonawca, który uważa, że postanowienia ogłoszenia i SIWZ są wadliwe, może samodzielnie wnieść protest i dotrzymać terminu, a nie tylko przyłączać się do innych postępowań protestacyjnych.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp.

W ocenie Izby nie ma znaczenia, że zamawiający zamieścił kwestionowany warunek udziału w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udostępnionej na stronie internetowej w dniu 21 kwietnia 2009 r. jak podnosi odwołujący, warunek ten był uprzednio zamieszczony w sekcji III.2.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 17 kwietnia 2009 r., zatem termin na zgłoszenie protestu zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, wnoszonego w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia, w tym przypadku upływał dnia 2 maja 2009 r. Odwołujący wniósł protest w dniu 28 kwietnia 2009 r. Zamawiający zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty, wniesione na SIWZ, w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego w dniu 12 maja 2009 r. nastąpiło z zachowaniem terminu.

Rozpatrując odwołanie w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Termin składania ofert ustalony do 3 czerwca 2009 r. został przesunięty do dnia 10 czerwca 2009 r.

Ogłoszenie o zamówieniu – sekcja III.2.1 ppkt 3 oraz rozdział V pkt 1 ppkt 3 SIWZ zawierają jednobrzmiące postanowienia dotyczące ustanowienia warunków udziału w postępowaniu: „o

udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (...), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, Warunek minimalny - wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów, budowlano - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł netto.”

Sekcja III.2.3 ogłoszenia i rozdział VI dokumenty wymagane w ofercie – (pkt 10) wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, na druku stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, z podaniem wartości, daty, miejsca wykonania i załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Warunki określone w sekcji III.2.1 ppkt 3 ogłoszenia i w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 SIWZ wykonawcy występujący wspólnie muszą spełnić łącznie – rozdział VII pkt 6 SIWZ.

W rozdziale IX kryteria oceny ofert, to cena 75% i termin realizacji 25%.

Jako główne elementy przedmiotu zamówienia (sekcja II.1.5 ogłoszenia i opis przedmiotu zamówienia w SIWZ) podano:

- A. wykonanie prac projektowych,
- B. wykonanie zadania: „odstawy urobku z szybu 2.1 w Polu Stefanów do Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w Polu Bogdanka w Lubelskim Węglu Bogdanka" w zakresie obejmującym wykonanie projektów wykonawczych, budowę obiektów, dostawę urządzeń i wyposażenia, montaż na miejscu budowy, uruchomienie, rozruch maszyn i urządzeń,
- C. sporządzenie dokumentów dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie,
- D. uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,
- E. przeprowadzenie rozruchu maszyn, urządzeń i instalacji,
- F. udział wykonawcy w 720 h ruchu próbnym,
- G. wykonanie pozostałych świadczeń wynikających z umowy.

Podsumowanie całkowitego szacunkowego kosztu inwestycji, według dokumentacji zamawiającego wynosi 157 001 897,82 zł.

W zakresie kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu, zamawiający udzielił następujących wyjaśnień w dniu 29 kwietnia 2009 r.:

- przez sformułowanie obiekt budowlano - przemysłowy rozumie obiekt określony definicją art. 3 Prawa budowlanego. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia nie może być to każdy obiekt budowlany, ale musi on nosić cechy „przemysłowości.” Zamawiający wykluczył obiekty mieszkalne, sportowe, handlowe.

- warunek minimum jednego obiektu lub zespołu obiektów budowlanych - przemysłowych, o wartości nie mniejszej niż 80 000 000,00 zł. netto, należy rozumieć jako spełniony, gdy wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania, w ramach jednego kontraktu zrealizował roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Zapis określający, że podmioty występujące wspólnie, także wspólnie mają spełniać ten warunek, oznacza, iż wystarczającym będzie, gdy jeden z wykonawców, legitymować się będzie realizacją w ramach jednego kontraktu wykonaniem robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o znaczonych wartości. Nie jest wymagane, aby każdy z wykonawców, występujących wspólnie spełniał przedmiotowy warunek odrębnie.

Na pytanie firmy Hydrobudowa Polska SA, czy uznane zostanie doświadczenie wykonawcy, przy budowie oczyszczalni ścieków z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80 000 000,00 zł. netto, zamawiający w dniu 14 maja 2009 r. udzielił odpowiedzi twierdzącej. W wyjaśnieniach z dnia 23 kwietnia 2009 r. podał, że wykaz robót referencyjnych ma obejmować obiekt (zespół obiektów) zrealizowany w ramach jednego kontraktu.

Zamawiający uzasadnił stawiane wymagania tym, że:

- oczekiwany okres realizacji inwestycji to 2 lata, co wymaga znacznego potencjału i środków;
- specyfika budowy uwzględnia utrudnienia wynikające z konieczności prowadzenia robót na terenie czynnego ZPMW;
- roboty muszą być prowadzone etapowo, przy uwzględnieniu konieczności ogrzewania szybów między innymi w polu Stefanów;
- ponadto oczekiwany jest wysoki poziom techniczny zastosowanych rozwiązań projektowych i wykonanych robót.

Izba zważyła, co następuje.

Prawidłowe, to jest zgodne z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu - mające związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz podanie sposobu oceny ich spełnienia, obciąża zamawiającego, w przypadku uchybienia temu obowiązkowi wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 1404/07 z dnia 17 grudnia 2007 r. Opis warunków udziału przesądza bowiem o decyzji wykonawcy, że jest w stanie sprostać wymaganiom i złożyć konkurencyjną ofertę. W

przekonaniu Izby każdy wykonawca, który jest zdolny wykonać zamówienie w sposób właściwy i terminowy, powinien mieć zagwarantowaną możliwość złożenia oferty. Art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp, upoważnia do ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mają odpowiedni potencjał i doświadczenie do jego wykonania. Oznacza to, iż tacy wykonawcy mogą złożyć ofertę podlegającą merytorycznej ocenie. Wymagania zamawiającego w każdym przypadku winny odnosić się do przedmiotu zamówienia, jego wartości, charakteru, stopnia skomplikowania robót. Stąd doświadczenie wykonawcy i jego potencjał powinny być adekwatne do obowiązków przyjętych umową. Definicję obiektu budowlanego zawiera art. 3 ust. 1 pkt 1a i 1b ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2006, Nr 156, poz. 1118 ze zm.). W ocenie Izby, żądanie aby wykonawca legitymował się zrealizowaniem obiektu, zespołu obiektów o charakterze przemysłowym nie budzi żadnych wątpliwości, skoro przedmiot zamówienia stanowi obiekt przemysłowy – rozbudowa kopalni, zatem jest to obiekt specjalistyczny o charakterze przemysłowym. Zamawiający oszacował wartość robót, jak nakazuje art. 33 Pzp, na kwotę 157 001 897,82 zł., co świadczy, iż wymagania zamawiającego, aby wykonawca przedstawił, jako swoje doświadczenie jeden obiekt referencyjny o wartości nie mniejszej niż 80 000 000,00 zł. netto, nie są wygórowane w stosunku do wartości szacunkowej danego zadania inwestycyjnego. Rozporządzenie 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 określa, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia 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. Zatem, Izba podziela punkt widzenia odwołującego, że ani z art. 22 ustawy Pzp, ani z cytowanego postanowienia rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie da się wywieść wprost prawa zamawiającego do decydowania o tym, że będzie dopuszczał do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali (budowę lub rozbudowę) minimum jednego obiektu lub zespół obiektów budowlanych - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł. netto w ramach jednego kontraktu. Zatem jedynie ograniczenie wynikające z użycia określenia „ w ramach jednego kontraktu” jest sporne między stronami i podlega ocenie w przedmiocie badania zasadności zgłoszonych zarzutów. Cytowane wyżej przepisy mówią o wykazaniu realizacji robót budowlanych. Nie odnoszą się do umów, na podstawie których te roboty były wykonywane.

Z uprawnień zamawiającego, do żądania potwierdzenia, że wykazane roboty zostały zrealizowane należycie, wywodzi się pogląd, iż pomiot, na zlecenie którego były one wykonywane, zdolny jest poświadczyć należyte ich wykonanie dopiero po zakończeniu umowy i odbiorze robót itp. Niewątpliwie w takim znaczeniu, i w tym celu, wymóg stwierdzenia należytego wykonania umowy po zrealizowaniu jej w całości jest odpowiedni. Wymóg taki nie stoi w sprzeczności z wymaganiami, w szczególności w odniesieniu do wieloetapowych inwestycji, aby w ramach realizacji jednego zadania, czy przedsięwzięcia inwestycyjnego, zawierane były odrębne umowy, na poszczególne etapy, chociażby ze względu na przyjęty przez inwestora sposób finansowania. Znaczące jest, aby na całość kontraktu (obejmującego nawet kilka kolejnych umów), składał się obiekt o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia – jego wielkości, charakteru, złożoności i wymaganej wartości, a zleceniodawca potwierdzi należyte wykonanie całego zakresu robót, objętego wszystkimi umowami realizacyjnymi. Podstawową bowiem kwestią jest ocena możliwości podjęcia się przez wykonawcę realizacji zamówienia, przede wszystkim zakresu rzeczowego, z uwiarygodnieniem, iż jest zdolny należycie i terminowo wykonać roboty, a nie to czy zadanie referencyjne było finansowane w ramach jednej umowy, czy też na kontrakt składało się kilka umów realizacyjnych. Sposób zlecenia, prowadzenia robót (etapowania) i ich finansowania, a szczególności obiektów przemysłowych o długoletnim okresie realizacji, z reguły leży w gestii zamawiających, co pozostaje poza sferą wpływu wykonawcy. Należy mieć również na uwadze, że warunek „w ramach jednego kontraktu” nie wynika wprost z treści załącznika nr 4 do SIWZ „wykaz zrealizowanych robót,” gdzie należało wskazać inwestora, nazwę i opis wykonanych robót (zakres rzeczowy), cenę kontraktu, datę rozpoczęcia i zakończenia prac, datę uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz załączyć dokument poświadczający należyte wykonanie wykazanych robót. Nie wynika też z treści postanowień rozdziału VI pkt 10 SIWZ – „dokumenty wymagane w ofercie.”

Odpowiadając na zapytanie wykonawców w dniu 23 kwietnia 2009 r., zamawiający dokonał zawężającej interpretacji w odniesieniu do postawionych w SIWZ warunków udziału, nie dokonując modyfikacji specyfikacji z wykorzystaniem procedury określonej w art. 38 ust. 4 i 4a Pzp. Takie działania zamawiającego, Izba uznaje za nieuprawnione. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrzejszych kryteriów, niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia i wynikają wprost z SIWZ, dotyczących również poziomu niezbędnego doświadczenia wykonawcy, które powinno być adekwatne do zamówienia będącego przedmiotem przetargu. W myśl ugruntowanych poglądów doktryny i orzecznictwa np. wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 517/08 i KIO/UZP 561/08, doświadczenie wykonawcy to wprawa, umiejętności zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, niezależnie od tego czy były one wykonywane w ramach jednego czy kilku kontraktów. Sam fakt, że istnieją wykonawcy,

którzy są w stanie spełnić warunki ustalone przez zamawiającego odnośnie przedstawienia odpowiedniej roboty budowlanej wykonanej na podstawie jednego kontraktu, nie przesądza o prawidłowości tych kryteriów oceny spełnienia warunków udziału w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał, iż są one niezbędne dla przedmiotowego postępowania.

Zamawiający, podtrzymał warunek, aby w przypadku złożenia oferty wspólnej, przynajmniej jeden z członków konsorcjum legitymował się wykonaniem obiektu referencyjnego na poziomie ustalonego minimum. Zatem wykonawca, który samodzielnie nie spełnia przedmiotowego warunku, może jedynie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, uprzednio pozyskując do współpracy partnera, który samodzielnie spełnia kwestionowany warunek. Postawienie takiego wymagania jest dopuszczalne. Jednakże należy mieć na względzie początkowe i niezmienione postanowienia SIWZ, które w tym zakresie stanowiły, iż warunki w odniesieniu do doświadczenia zawodowego, wykonawcy występujący wspólnie muszą spełniać łącznie (rozdział VII pkt 6).

W tym stanie rzeczy Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że warunek zawarty w sekcji III.2.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 1.3, SIWZ z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2009 r., nakłada na wykonawców nadmierne utrudnienia w dostępie do złożenia oferty, wskutek wymagania aby całość referencyjnego obiektu lub zespołu obiektów, była wykonana na podstawie jednego kontraktu, co nie jest warunkiem niezbędnym do oceny możliwości technicznych wykonawcy i jego doświadczenia w przypadku gdy wykaże, że zrealizował należycie zadanie inwestycyjne pod względem rzeczowym i wartościowym, nawet gdy było ono objęte kilkoma umowami wykonawczymi.

Warunki udziału w postępowaniu mają pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, by wykonawca składający ofertę mógł wykazać, iż jest zdolny wywiązać się z wykonania zamówienia z należytą starannością. W takich okolicznościach uznaje się, iż interes zamawiającego pozostaje należycie zabezpieczony.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust 2 Pzp, jak również przepis § 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, a w konsekwencji naruszył także art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nieuprawnione utrudnianie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcy, który jest zdolny wykonać zamówienie, stanowi przejaw działań antykonkurencyjnych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis art. 22 ust. 2 Pzp stanowi o możliwości utrudniania uczciwej konkurencji i do potwierdzenia tego zarzutu nie jest konieczne ścisłe dowiedzenie faktów, a jedynie uprawdopodobnienia, że ustalone warunki mogą do takich wniosków prowadzić.

Z tych względów Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust 1 i 1a, oraz na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, w oparciu o art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit a i b 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 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł., na podstawie przedłożonej faktury.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....