

Sygn. akt: KIO 655/12

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę Samson Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Niedomicach w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Poprawczy w Tarnowie,

przy udziale wykonawcy Jana Paleja prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Remontowo-Budowlany Jan Palej w Bochni zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zakładowi Poprawczemu w Tarnowie zmianę rozdziału V ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu przez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku kategorii obiektów budowlanych: IX, XI, XII, XIV, XV, XVI (zgodnie z załącznikiem do ustawy Prawo Budowlane) dopuszczonego do użytkowania o powierzchni użytkowej minimum 700 m² i wartości robót co najmniej 4.000.000,00 PLN netto;

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Poprawczy w Tarnowie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Samson Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Niedomicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zakładu Poprawczego w Tarnowie na rzecz Samson Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Niedomicach kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie:

dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Poprawczy w Tarnowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa budynku Zakładu Poprawczego w Tarnowie.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 marca 2012r. pod numerem 96552. Tego samego dnia zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „specyfikacja” lub „SIWZ”, na swojej stronie internetowej.

Samson Sp. z o.o. w Niedomicach zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii, wniósł odwołanie wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzucił, że zostały one sformułowane w sposób naruszający między innymi zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 4 oraz art. 23 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że kwestionowane postanowienia specyfikacji uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu i wniósł o nakazanie zamawiającemu: zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zmianę rozdziału V ust. 1 pkt 2 specyfikacji i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu pkt 7 ust. 1 pkt 2 w brzmieniu “Wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane, polegające na budowie budynku kategorii obiektów budowlanych: IX, XI, XII, XIV, XV, XVI (zgodnie z załącznikiem do ustawy Prawo Budowlane) dopuszczonego do użytkowania o powierzchni użytkowej minimum 700 m² i wartości robót co najmniej 4.000.000,00 PLN netto każda”. Żądał nadania mu brzmienia: “Wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie robotę budowlaną, polegającą na budowie budynku dopuszczonego do użytkowania o powierzchni użytkowej minimum 700 m² i wartości robót co najmniej 4.000.000,00 PLN netto. Wniósł również o nakazanie zamawiającemu usunięcia postanowienia rozdziału VII pkt 14 specyfikacji o treści: „Zamawiający dopuszcza sytuację, w której w ramach podmiotów występujących wspólnie (co najmniej dwa) podmioty wykonały osobno po jednej robocie budowlanej o wartości 1

000.000,00 zł netto każda i jednocześnie łącznie spełniają pozostałe warunki, o których mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ”.

Uzasadniając podniesione zarzuty powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Podniósł, że wymagania zamawiającego, w zakresie doświadczenia jakim powinien się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, są nadmiernie wygórowane i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że zamawiający w istocie oczekuje wykonania 2 obiektów zbliżonych do przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca który wykonał już jedną inwestycję o skali trudności porównywalnej z inwestycją zamierzaną do wykonania i do niej podobną nie jest w stanie należycie wykonać przedmiotu zamówienia. Oceniał, że przez realizację jednego obiektu wykonawca udowodnił, że zarówno pod względem organizacyjnym jak i technicznym jest w stanie należycie, w szczególności terminowo i poprawnie jakościowo wykonać przedmiot zamówienia. Zarzucił, że wymóg wykonania jeszcze jednego obiektu nie świadczy o zdolności wykonawcy do należytego wykonania inwestycji, tylko zmierza do ograniczenia konkurencji. Podobnie odwołujący ocenił ograniczenie dotyczące enumeratywnej kategorii budynków wymienionych w treści skarżonego postanowienia. Podniósł, że sposób opisu użytkowania budynku nie ma wpływu na doświadczenie wykonawcy. Wykonawca może zdobyć wymagane doświadczenie również przy budowie budynków innych, niż wskazane, kategorii.

Odwołujący, powołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wywiódł, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia łączą swoje potencjały w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzucił, iż zamawiający w postanowieniach dotyczących sposobu wykazania przez takich wykonawców spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zróżnicował sytuację “wykonawców startujących pojedynczo od wykonawców startujących w ramach konsorcjum” niezgodnie z art. 7 ust. 1 oraz art. 23 ust. 3 Pzp. Motywując zarzut wskazał m.in, że niezgodne z przepisami ustawy p.z.p. będzie takie określenie warunku, które polegać ma na obowiązku wykazania doświadczenia w realizacji roboty budowlanej o wartości „x” z zastrzeżeniem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią warunek, jeśli każdy z partnerów spełni minimum „1/2 x”.

Jan Palej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Remontowo-Budowlany Jan Palej w Bochni z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie odwołującego. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał m.in., iż dokonał modyfikacji rozdziału VII pkt. 14 specyfikacji zastępując kwotę 1.000.000 PLN kwotą 4.000.000 PLN, zatem skoro nie ma już zróżnicowania w sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie lub w ramach konsorcjum, to zarzut adresowany wobec tego postanowienia specyfikacji nie podlega rozpatrzeniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący, który kwestionuje postanowienia specyfikacji uniemożliwiające mu udział w postępowaniu oraz naruszające przepisy ustawy spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Kwestionowane postanowienia specyfikacji zostały prawidłowo przywołane w odwołaniu. Ich powtarzanie jest zbędne.

Odwołanie okazało się zasadne w części.

Zamawiający w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagał w rozdziale V ust. 1 pkt 2 specyfikacji należytego wykonania dwóch budynków określonych kategorii załącznika do ustawy Prawo budowlane o wartości i powierzchni użytkowej porównywalnej z budynkiem stanowiącym przedmiot zamówienia. Wartość i powierzchnia nie są kwestionowane przez odwołującego.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy znalazł potwierdzenie w części dotyczącej wymagania dwóch budynków. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 Pzp, jeżeli uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. Przywołany art. 22 ust. 4 Pzp nakazuje odnosić warunki udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w sposób adekwatny (*verba legis* „związany”) i proporcjonalny.

Zamawiający jest uprawniony do tego, aby ustalić warunki udziału w postępowaniu na wysokim poziomie, o ile jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się w opisie przedmiotu zamówienia, aby do jego prawidłowego wykonania niezbędna była biegłość nabyta przez wykonanie co najmniej dwóch budynków.

Budynek stanowiący przedmiot zamówienia nie odznacza się żadnymi wyjątkowymi cechami (okoliczność bezsporna). Brak jest zatem podstaw do uznania, że wykonawca, który należycie wykonał jeden budynek o charakterystyce wymaganej przez zamawiającego nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Zamawiający nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, a jego argumentacja nie odpowiada prawu.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wymaga wykazania wykonania dwóch budynków, bo sytuacja wykonawcy, który zbudował jeden budynek przed czterema laty, może obecnie być inna – przykładowo może nie mieć już wystarczającej kadry. Należy jednak zauważyć, że § 1 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 września 2009 r. w sprawie dokumentów, jak ich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) pozwala w celu wykazania opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma wskazanie robót budowlanych wykonanych w okresie pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania. Ustawodawca założył zatem, że roboty budowlane wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone w tym okresie potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia, o ile zostały wykonane z należytą starannością.

W konsekwencji wymaganie opisane w rozdziale V ust. 1 pkt 2 specyfikacji Izba uznała za nadmierne, nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i w konsekwencji za godzące w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie zgodziła się natomiast z odwołującym, iż odniesienie warunku do budynku kategorii obiektów budowlanych wskazanych w załączniku do ustawy Prawo Budowlane ogranicza konkurencję. Przeciwnie, przedmiot zamówienia stanowi wykonanie budynku wielofunkcyjnego zawierającego jednocześnie garaż, warsztaty i salę gimnastyczną, zatem wymaganie wykonania budynku użyteczności publicznej o jednej funkcji nie stanowi ograniczenia konkurencji.

Należy wziąć pod uwagę, że zamawiający dopuścił wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonanie budynków: kultury, nauki i oświaty (Kategoria IX), służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej (Kategoria XI), administracji publicznej (Kategoria XII), zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego (Kategoria XIV), sportu i rekreacji (Kategoria XV) oraz biurowych i konferencyjne (Kategoria XVI). Katalog obiektów referencyjnych jest szeroki i zapewnia konkurencyjność postępowania.

Izba nie zgodziła się z odwołującym, że przeznaczenie budynku jest obojętne dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Być może z technologicznego punktu widzenia realizacja budynku przeznaczonego na użytek prywatny oraz budynku takiego, jak opisany w przedmiocie zamówienia, jest podobna. Nie można jednak pominąć, że zamawiający oczekuje wykazania wykonania budynków użyteczności publicznej. Budynkom takim stawiane są szczególne wymagania, właśnie z uwagi na ich przeznaczenie.

Odnosząc się do kwestionowanego postanowienia rozdziału VII pkt 14 specyfikacji Izba stwierdziła przede wszystkim, że zmiana jej treści dokonana przez zamawiającego nie uzasadnia odstąpienia od rozpoznania zarzutu. Istotnie przywołane postanowienie w

brzmieniu na dzień wniesienia odwołania wymagało od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia robót budowlanych o niższej wartości. Wykonawcy tacy byli zatem w sytuacji korzystniejszej, niż wykonawca samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Izba zważyła, że zmiana specyfikacji nie odpowiada żądaniu odwołującego, który domagał się jego usunięcia. Niewątpliwie takiej sytuacji nie można uznać za uwzględnienie zarzutu odwołania (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp *per analogiam*). Zarzut naruszenia przepisów ustawy przez postanowienie rozdziału VII pkt 14 specyfikacji podlega rozpoznaniu.

Stanowisko odwołującego, prezentowane w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie sprowadzało się przede wszystkim do twierdzenia, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazując kilka budynków, z których żaden nie będzie spełniał łącznie wszystkich opisanych wymagań.

Pogląd odwołującego nie znajduje oparcia w treści rozdziału VII pkt 14 specyfikacji. Ewentualne wątpliwości rozwiewa odpowiedź na pytanie nr 3 z 3 kwietnia 2012r. Wykonane budynki muszą spełniać wszystkie opisane wymagania, zatem co do wartości, powierzchni użytkowej oraz zaliczenia do wymienionych kategorii obiektów budowlanych. Jedynie możliwość wykazania pojedynczych robót budowlanych, z których każda spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum odpowiada istocie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że zarzut nierównego traktowania znalazł potwierdzenie w części dotyczącej wartości budynku. Przyznał to zamawiający dokonując zmiany postanowienia specyfikacji.

Nie może to jednak mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż zarzut w części pozostałej nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 4 Pzp. Naruszenia te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż kształtują krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: