

Sygn. akt: KIO/UZP 1932/09

**WYROK**  
z dnia 12 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Luiza Łamejko</b> <b>Jolanta Markowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Łukasz Listkiewicz</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu, 37-700 Przemyśl, ul. Tymona Terleckiego 6** protestu z dnia 1 grudnia 2009r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę warunku w Sekcji III.2.3 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy**

**2. Kosztami postępowania obciąża Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu, 37-700 Przemyśl, ul. Tymona Terleckiego 6**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Państwową Wyższą Szkołę Wschodnioeuropejską w Przemyślu, 37-700 Przemyśl, ul. Tymona Terleckiego 6** na rzecz **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a** 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 **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a.**

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

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 21 grudnia 2009 r. od rozstrzygnięcia protestu, wykonawca - INŻYNIERIA RZESZÓW Spółka z o.o. z Rzeszowa podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego Państwową Wyższą Szkołę Wschodnioeuropejską w Przemyślu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa budynku dydaktycznego i budynku akademika wraz z przyłączami, drogami i małą architekturą w ramach projektu: „Rozbudowa bazy dydaktycznej - kampusu PWSW w Przemyślu" Program Operacyjny Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013 Oś priorytetowa I: Nowoczesna Gospodarka, Działanie 1.1 „Infrastruktura uczelni", opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2009/S 221-317827, przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) poprzez:

- 1) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy,
- 2) ustalenie sposobu oceny spełniania warunków, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy,

- 3) żądanie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów niezgodnych z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, oraz dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, czym naruszono art. 25 ust. 1 i 2 ustawy,
- 4) ustalenie kryterium oceny ofert w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy.

Wskazując na powyższe, odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności opisu warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia kryteriów oceny ofert i ich wag procentowych,
- 2) dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji według żądań odwołującego zawartych w uzasadnieniu o
- 3) dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji według żądań odwołującego zawartych w uzasadnieniu,
- 4) dokonanie opisu kryteriów oceny ofert w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji według żądań Odwołującego zawartych w uzasadnieniu,
- 5) dokonanie niezbędnej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz
- 6) przesunięcie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu według normy przepisanej prawem

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, iż we wniesionym proteście, odwołujący domagał się:

- 1) powtórzenia czynności opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sporządzenia katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków oraz ustalenia kryteriów oceny ofert i ich wag procentowych
- 2) dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji według wskazań zawartych w uzasadnieniu protestu
- 3) dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji według wskazań zawartych w uzasadnieniu protestu
- 4) dokonania opisu kryteriów oceny ofert w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji według wskazań zawartych w uzasadnieniu protestu
- 5) dokonania niezbędnej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu

- 6) przesunięcia terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu według normy przepisanej prawem

W dniu 10.12.2009 roku Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając go w części. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, podał nowe brzmienie niektórych warunków udziału w postępowaniu, do których odnosił się protest. Odwołujący nie zgadza się z rozstrzygnięciem protestu. Głównym problemem pozostał opis warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania niezbędnego do realizacji zamówienia doświadczenia zawodowego wykonawców oraz dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. W treści protestu Odwołujący żądał ustanowienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego na poziomie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, to jest, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat, przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, roboty budowlane o parametrach odpowiadających przedmiotowi zamówienia:

- a) budynku użyteczności publicznej
  - kubatura - 28 000 m<sup>3</sup>,
  - powierzchnia użytkowa - 7 000 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót - 25 000 000 złotych netto.
- b) budynku hotelowo mieszkalnego lub mieszkalnego
  - kubatura - 10 000 m<sup>3</sup>,
  - powierzchnia użytkowa - 2 000 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót - 10 000 000 PLN netto

W rozstrzygnięciu Zamawiający ustalił nową wartość oprotestowanych warunków:

- a) budynku użyteczności publicznej
  - kubatura - 31 500 m<sup>3</sup>,
  - powierzchnia użytkowa - 6 600 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót - 30 000 000 złotych netto.
- b) budynku hotelowo mieszkalnego lub mieszkalnego
  - kubatura - 12 000 m<sup>3</sup>,
  - powierzchnia użytkowa - 2 400 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót - 15 000 000 PLN netto

Wartości te w dalszym ciągu są większe, niż parametry przedmiotu zamówienia, które są następujące:

- a) Trójkondygnacyjny budynek dydaktyczny z nieużytkowym poddaszem na planie litery L:

- powierzchnia zabudowy - 2 368,99 m<sup>2</sup>,
- powierzchnia użytkowa - 6 090,30 m<sup>2</sup>,
- kubatura budynku - 28 563,12 m<sup>3</sup>.

b) Budynek akademika dwu a w części trzykondygnacyjny z nieużytkowym poddaszem na planie litery C:

- powierzchnia zabudowy - 1.532,30 m<sup>2</sup>,
- powierzchnia użytkowa - 2.145,06 m<sup>2</sup>,
- kubatura budynku - 10.964,42 m<sup>3</sup>.

Dalej wykonawca wskazuje, że zamawiający może ustanawiać warunek udziału na poziomie nie przekraczającym parametrów przedmiotu zamówienia. Taki sposób rozumowania znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 marca 2009r Sygn. akt: KIO/UZP 235/09, orzekła: „Niewątpliwie rację należy przyznać odwołującemu, co do tego, że stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich. ” Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest określenie przez zamawiającego kręgu wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania, posiadających wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia zdolni będą do jego należytego wykonania. Umożliwia to osiągnięcie wydatkowania środków finansowych w sposób celowy, oszczędny oraz efektywny, jak również zabezpiecza interes Zamawiającego polegający na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia (A. Kurowska. M. Sarnawski. G. Wicik. P. Wiśniewski. Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów. UZP, Warszawa 2006, s. 9). Jednak niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji będzie opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05). Obowiązkiem zamawiającego jest zachowanie niezbędnej równowagi pomiędzy swoim interesem polegającym w szczególności na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzania nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20 grudnia 2005 r., sygn. akt II Ca 584/05). Postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać tu wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu zamawiającego, tj. należytego wykonania

zamówienia. Jednakże nie może też nie wymagać określonego doświadczenia w dziedzinach, które objęte są przedmiotem zamówienia, albowiem to uniemożliwiłoby mu ustalenie z należytą starannością kręgu wykonawców zdolnych wykonać zamówienie. W piśmiennictwie z zakresu zamówień publicznych podkreśla się, że Zamawiający ma obowiązek wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy). Wyjaśnienia zamawiającego, uzasadniające podniesienie powierzchni i wartości budynków wykazywanych przez wykonawców na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego, zdaniem wykonawcy, nie mogą się wobec tego utrzymać. Dalej wykonawca wskazuje, iż zamawiający stwierdził, że ustanawia warunek przekraczający zakres merytoryczny przedmiotu zamówienia z powodu rzekomego skomplikowania budynków składających się na przedmiot zamówienia. Podał, że chodzi o stopień skomplikowania, duże nasycenie instalacjami, sieci inteligentne, laboratoria itp. To w ocenie wykonawcy wskazuje na swoistą próbą ustanowienia zamiennika doświadczenia. Zamiast zażądać doświadczenia w budowie adekwatnych przedmiotowo budynków o podobnym stopniu skomplikowania, co mogłoby być uzasadnione (jeżeli rzeczywiście jest prawdą), zamawiający zamiennie wprowadził rozszerzenie kubatury, powierzchni i wartości budynków w stosunku do parametrów przedmiotu zamówienia. Jest to czynność wadliwa, konserwująca występujące w postępowaniu naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Z uwagi na bezsporny fakt, zdaniem wykonawcy, że ustalony warunek udziału w postępowaniu narusza przepis art. 7 ust 1 oraz art. 22 ust 2 ustawy wniósł o ustanowienie warunku tak, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat, przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, roboty budowlane o parametrach odpowiadających przedmiotowi zamówienia to jest:

- a) budynku użyteczności publicznej
  - kubatura - 28 000 m<sup>3</sup>,
  - powierzchnia użytkowa - 7 000 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót - 25 000 000 złotych netto.
- b) budynku hotelowo mieszkalnego lub mieszkalnego
  - kubatura -10 000 m<sup>3</sup>,
  - powierzchnia użytkowa - 2 000 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót -10 000 000 PLN netto

Wykonawca podniósł również, że oddalono większość zarzutów protestu odnoszących się do żądanego doświadczenia Kierowników (budowy i robót branżowych). W tym przypadku, zdaniem wykonawcy, zamawiający posłużył się podobną jak w przypadku doświadczenia

wykonawców argumentacją wskazując, że jego zdaniem należy zsumować kubaturę budynków stanowiących przedmiot zamówienia, zaś każdy z budynków będzie charakteryzował się większym stopniem trudności wykonania niż obiekt standardowy. Nie podał przy tym, co rozumie pod pojęciem „obiekt standardowy”. Argumentacja zamawiającego jest z gruntu nietrafna. Każdy z budynków będących przedmiotem zamówienia jest osobnym obiektem. Każdy posiada swoje własne parametry: kubaturę i wartość. Kierując budową czy też robotami, żaden z kierowników nie będzie zarządzał budową/robotami na - jakby tego chciał Zamawiającym - obiekcie łącznym posiadającym jeden wspólny parametr kubatury, uprawniający do żądania doświadczenia w budowie obiektu większego, niż każdy z budynków składających się na przedmiot zamówienia. Oceny powyższego należy dokonać w relacji do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa dwóch budynków. Dlatego nie ma żadnego uzasadnienia dla sumowania kubatury obiektów i uznanie, że np. Kierownik budowy musi posiadać doświadczenie na obiekcie o kubaturze 40 000 m<sup>3</sup>. W brzmieniu warunku opisanym w rozstrzygnięciu protestu, osoba kandydująca na stanowisko kierownika budowy, która ma doświadczenie w kierowaniu budową obiektu użyteczności publicznej o powierzchni odpowiadającej powierzchni budynku dydaktycznego, stanowiącego przedmiot zamówienia oraz osobno w kierowaniu budową budynku hotelowego lub mieszkalnego o powierzchni odpowiadającej budynkowi akademika, stanowiącego przedmiot zamówienia, jak też osoba, która kierowałaby budową takich dwóch budynków jednocześnie, nie mogłaby wykazać się kluczowym do oceny spełniania warunku, doświadczeniem. Warunki dotyczące doświadczenia Kierowników (budowy i robót branżowych), wprowadzają bezzasadną i bezprawną dyskryminację wykonawców. Odpychają od zamówienia wykonawców, którzy w rzeczywistości dysponują osobami zdolnymi merytorycznie do kierowania budową i robotami branżowymi składającymi się na nie. Należy zwrócić uwagę, że cena takiego samego obiektu może być różna w różnych warunkach gospodarczych. W przypadku realizacji przed pięcioma laty, obiekt opisany przez Zamawiającego w treści warunku udziału, o kubaturze 30 000 m<sup>3</sup> realizowano za kwotę 12 - 16 milionów PLN. Z kolei w latach 2007 -2008, gdy ceny materiałów budowlanych oraz siły roboczej były relatywnie najwyższe, zaś konkurencja najmniejsza, taki sam obiekt kosztował nawet 30 milionów PLN. Doświadczenie zdobyte przez Kierowników w związku ze zmianą ceny nie zmieniało się. Kubatura zaś powinna zostać dostosowana do kubatury budynków, które stanowią przedmiot zamówienia. Większy z nich posiada kubaturę 28 563,12 m<sup>3</sup>. Wartość ta powinna stanowić dla Zamawiającego nieprzekraczalną granicę warunku udziału doświadczenia osób funkcyjnych. Z uwagi na bezsporny fakt, że ustalony warunek udziału w postępowaniu narusza przepis art 7 ust 1 oraz art. 22 ust 2 ustawy, Odwołujący wnosi o ustalenie, wymaganego doświadczenia w kierowaniu budową (dla Kierownika Budowy) oraz kierowaniu adekwatnymi branżowo

robotami (dla Kierowników Robót) jak również o ustalenie maksymalnych cen i kubatur na poziomie nie wyższym, niż: kubatura: 28 000 m<sup>3</sup> a cena: 25 000 000 PLN .

Zarzuty odnoszące się do zaniechania żądania wykazania się wykonywaniem funkcji odpowiednio: kierownika budowy lub kierownika robót branżowych, zostały zdaniem Odwołującego uwzględnione. W proponowanym nowym brzmieniu warunku Zamawiający zamieścił żądanie wykazania doświadczenia w pełnieniu adekwatnej funkcji. Z kolei art. 22 ust. 1 ustawy nakazuje Zamawiającemu żądanie wykazania, iż ubiegający się o zamówienie wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia oraz, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia. Zakres żądań co do kondycji wykonawców musi być jednak uzasadniony charakterem, zakresem, stopniem złożoności lub wartością zamówienia, na straży czego stoi art. 22 ust. 2 ustawy. Ustawodawca w przywołanym art. 22 ust. 2 ustawy, odwołał się jednak nie do konkretnego naruszenia uczciwej konkurencji, lecz do sytuacji, w której za sprzeczne z prawem zostanie uznane takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudnić uczciwą konkurencję. Konkretyzacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu służy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ustawy, zamawiający może wskazać minimalne wymagania, związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego, po zaspokojeniu których uzna te warunki za spełnione, co znajduje potwierdzenie w przepisach art. 44 -48 dyrektywy 2004/118/WE.

Zarzuty odnoszące się do zdolności ekonomicznej zostały uwzględnione, jednak pozostawiono w projekcie punktu IV. 1.2 ppkt 3 ogłoszenia kryterium oceny spełniania warunków odnoszące się do wskaźnika rentowności sprzedaży. Odwołujący żąda wykreślenia tego warunku jako całkowicie bezprawnego. Nie ma bowiem możliwości oceny rachunkowej warunku, który został usunięty z wykazu warunków, których spełnianie wykonawcy muszą potwierdzić. Dodatkowo wykonawca wskazał, iż w treści rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie odniósł się do wadliwości ustanowionych wag kryteriów oceny ofert. Waga kryterium terminu realizacji zamówienia = 50% jest nadmierna i może naruszyć uczciwą konkurencję. Odwołujący wnosi o ustalenie wagi kryterium terminu realizacji na poziomie nie wyższym, niż 20 %.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu - oddalając protest częściowo - podał, iż zwiększył parametry budynków mając na uwadze stopień ich skomplikowania, duże nasycenie instalacjami, sieci inteligentne, wyposażenie specjalistycznych laboratoriów oraz zaawansowanie techniczne przedmiotu zamówienia. Kubatura czy powierzchnia użytkowa

przy tego typu budynkach nie są najistotniejszymi parametrami. Istotne znaczenie będzie mieć również posadowienie budynków na trudnym gruncie. Budowane budynki nie będą zwykłymi budynkami użyteczności publicznej, hotelowymi czy mieszkalnymi. Jednocześnie po ponownym przeanalizowaniu problemu ustalił parametry dla tego warunku w sposób następujący:

- a) budynek użyteczności publicznej
  - kubatura - 31 500m<sup>3</sup>
  - powierzchnia użytkowa - 6 600 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót - 30 000 000 złotych netto.
- b) budynek hotelowy lub mieszkalny
  - kubatura - 12 000m<sup>3</sup>
  - powierzchnia użytkowa - 2 400 m<sup>2</sup>,
  - wartość robót -15 000 000 złotych netto

Oddalając protest w części dotyczącej ograniczenia wymagań odnoszących się do doświadczenia zawodowego kierowników (budowy, robót konstrukcyjno-budowlanych, robót instalacji sanitarnych, robót elektrycznych) i do wartości określonych przedmiotem zamówienia zamawiający podał, iż nie może zgodzić się z argumentem, że wartością graniczną w tym wypadku mają być parametry większego z budynków będących przedmiotem zamówienia, ponieważ kierownicy pełniąc będą swoje funkcje na obu budynkach. Każdy ze zrealizowanych obiektów będzie się charakteryzował większym stopniem trudności wykonania niż obiekt standardowy zwłaszcza ze względu na wyposażenie.

W zakresie sekcji III.2.2 [Zdolność ekonomiczna i finansowa] zamawiający odstąpił od ustalonych warunków w lit. b i c, dotyczących wymagań, co do rentowności sprzedaży i wskaźnika zadłużenia i rozstrzygających o możliwości ubiegania się o udział w niniejszym postępowaniu. Modyfikując w sekcji IV.1.2) liczbę wykonawców zapraszanych do złożenia oferty pozostawił niezmienione m.in. kryterium (pkt 3) wskaźnik rentowności sprzedaży.

W piśmie z dnia 7 stycznia 2010 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie, zamawiający podtrzymał argumentację, co do spornych warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia zawodowego wykonawców oraz dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Odnosząc się do żądania wykreślenia wskaźnika rentowności sprzedaży z kryteriów wyboru kandydatów (IV. 1.2. Ogłoszenia) zamawiający podał, iż nie jest to warunek wykluczający wykonawcę z postępowania, lecz daje zamawiającemu podstawę do oceny wiarygodności i gwarancji wykonania zamówienia. Wskazał również, iż nadanie kryterium termin realizacji zamówienia wagi 50 % jest konsekwencją dodatkowego punktowania wykonawców o wysokiej rentowności sprzedaży. Zdaniem zamawiającego

terminowość wykonania zamówienia jak też rentowność sprzedaży świadczą o sprawności organizacyjnej wykonawcy i twierdzenie, że waga w tym kryterium na poziomie 50 % jest nadmierna i może naruszyć uczciwą konkurencję nie znajduje uzasadnienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza, kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.**

Przedewszystkim Izba zauważa, iż zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) w tym, art. 22 ust.2 ustawy zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. To oznacza, jak podnosi się także w doktrynie i orzecznictwie, że warunki te muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Również ważne jest zauważenie, że wymagane doświadczeniem roboty budowlane powinny odpowiadać swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia w podstawowym zakresie. Podkreślenia również wymaga, że zamówienie odpowiadające rodzajem i zakresem bądź wartością przedmiotowi zamówienia, to nie zamówienie identyczne co do rodzaju, zakresu czy też wartości, jednakże powinno być to zamówienie adekwatne, którego wymagane parametry techniczne powinny być obiektywnie uzasadnione i mogą być związane ze specyfiką przedmiotu zamówienia.

Z opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w ramach zadania będzie realizowana budowa: trójkondygnacyjnego budynku dydaktycznego z nie użytkowanym poddaszem na planie litery L o parametrach: kubatura budynku 28.563,12 m<sup>3</sup>, powierzchnia użytkowa – 6.090,30 m<sup>2</sup> i powierzchni zabudowy – 2.368,99 m<sup>2</sup> oraz budynku akademika dwu (w części trzykondygnacyjnego) z nie użytkowanym poddaszem na planie litery C o parametrach technicznych - kubatura budynku 10.964,42 m<sup>3</sup>, powierzchnia użytkowa – 2.145,06 m<sup>2</sup> i powierzchni zabudowy – 1.532,30 m<sup>2</sup>. Wartość szacunkowa tego zamówienia (obejmująca łącznie realizację dwóch budynków zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia) została ustalona przez zamawiającego na kwotę blisko dwukrotnie niższą niż łączna kwota wartości robót wynikających ze spornych warunków postępowania.

Mając powyższe stanowisko na względzie skład orzekający Izby uznał, iż zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie Sekcji III.2.3 ppkt 1[Zdolność techniczna] Ogłoszenia, stanowiącym o wymaganiu co najmniej jednej roboty budowlanej – o parametrach minimalnych - odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przekroczył upoważnienie przy formułowaniu tych warunków. Jak wynika z ustaleń, wykonawca żądał ustalenia następujących parametrów: dla budynku użyteczności publicznej: kubatura - 28 000 m<sup>3</sup>, powierzchnia użytkowa - 7 000 m<sup>2</sup>, wartość robót - 25 000 000 złotych netto, a dla budynku hotelowo mieszkalnego lub mieszkalnego: kubatura -10 000 m<sup>3</sup>, powierzchnia użytkowa - 2 000 m<sup>2</sup>, wartość robót -10 000 000 PLN netto, podnosząc iż takie warunki są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Uwzględniając protest zamawiający zmodyfikował pierwotne wymagania podane w ogłoszeniu, w następujący sposób; dla budynku użyteczności publicznej w miejsce kubatury – 30.000 m<sup>3</sup> przyjął 31.500 m<sup>3</sup> a powierzchnię użytkową z 9.000 m<sup>2</sup> zmniejszył do 6.600 m<sup>2</sup>, pozostawiając niezmienną wartość robót w kwocie 30 mln zł. Co do budynku hotelowego lub mieszkalnego zmiana dotyczyła tylko powierzchni użytkowej, w miejsce 3.000 m<sup>2</sup> przyjął – 2.400 m<sup>2</sup>, a wartość robót na kwotę 15 mln zł nie została zmieniona. Dla uzasadnienia wskazanych powyżej wymagań zamawiający zastosował dodatkowe podstawy stwierdzając, że ustanawia warunek przekraczający zakres merytoryczny przedmiotu zamówienia z powodu – w jego ocenie - skomplikowania budynków składających się na przedmiot zamówienia, obejmującymi duże nasycenie instalacji, sieci inteligentne, laboratoria itp. Wskazał również na stopień złożoności i skomplikowania prac a także problemy geologiczne w rejonie posadowienia budynków.

Taka argumentacja zamawiającego oznacza, iż stanowisko wykonawcy zasługuje na uwzględnienie, albowiem w ocenie składu orzekającego Izby, zamawiający wskazuje na dodatkowe okoliczności, które mają stanowić uzasadnienie dla rozszerzenia kubatury budynków, a także ich powierzchni i wartości w stosunku do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Te okoliczności w przekonaniu Izby nie mogą stanowić podstawy do wymagania wykazania się przez wykonawców realizacją inwestycji o parametrach technicznych i finansowych wyższych, aniżeli zadanie objęte przedmiotem zamówienia, albowiem kubatura budynku czy jego powierzchnia użytkowa, co do zasady nie potwierdza doświadczenia wykonawcy przy realizacji budynków na problematycznym podłożu geologicznym czy też budynków o znacznym stopniu złożoności i skomplikowania prac. Także zdaniem Izby, zamawiający przekonany o dużym stopniu skomplikowania technicznego przedmiotu zamówienia i podnoszonych problemach geologicznych w rejonie posadowienia budynków, mógł żądać doświadczenia w budowie adekwatnych przedmiotowo budynków m.in. o podobnym stopniu skomplikowania, a nie zastępować takie wymagania

rozszerzeniem kubatury czy powierzchni użytkowej budynków oraz podwyższoną wartością a robót budowlanych. Nie znajduje bowiem uzasadnienia przyjęcie w omawianym warunku również wartości przekraczających blisko dwukrotnie wartość przedmiotu zamówienia. Przedmiotem tego zamówienia jest bowiem realizacja robót budowlanych, a nie wykonanie całej inwestycji „pod klucz”, której wartość (całego zadania wraz z dostawami i wyposażeniem), ma stanowić szacunkową kwotę 41 mln zł.

W świetle powyższych ustaleń, skład orzekający Izby uwzględniając zarzut określenia warunku udziału w postępowaniu Sekcji III 2.3 ppkt 1 Ogłoszenia z naruszeniem przepisu art. 22 ust.2 ustawy Pzp uznał, iż żądanie wykonawcy w zakresie ustalenia następujących parametrów: dla budynku użyteczności publicznej: kubatura - 28 000 m<sup>3</sup>, powierzchnia użytkowa - 7 000 m<sup>2</sup>, wartość robót - 25 000 000 złotych netto, a dla budynku hotelowo mieszkalnego lub mieszkalnego: kubatura -10 000 m<sup>3</sup>, powierzchnia użytkowa - 2 000 m<sup>2</sup>, wartość robót -10 000 000 PLN netto - jest uzasadnione.

Rozpatrując zarzut, co do ppkt 4 Sekcji III pkt 2.3 Ogłoszenia dotyczącego wymagań dla kierownika budowy i kierowników robót branżowych, w granicach zarzutu podniesionego w proteście i następnie w odwołaniu zgodnie z zasadą wynikającą z art. 191 ust.3 Pzp, skład orzekający Izby uznał, iż ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku wykonawca żądał, aby wymaganie wykazania doświadczenia dla tych osób było ograniczone do kubatury większego budynku, obejmującego przedmiot zamówienia tj do budynku o kubaturze 28 563,12 m<sup>3</sup>. Skład orzekający Izby oddalając niniejszy zarzut wskazuje, iż budową zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Sekcja II Ogłoszenia) jest budowa budynku dydaktycznego oraz budynku akademika i dla takiej budowy zamawiający wymaga ustanowienia kierownika budowy i kierowników robót branżowych. Nie można zatem uznać za zasadne żądanie wykonawcy, aby wykazywane doświadczenie przez kandydata na wskazane stanowiska ograniczyć tylko do części zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.

Rozpatrując zarzut dotyczący ppkt 3 sekcji IV.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu, (warunek odnoszący się do rentowności sprzedaży) skład orzekający Izby uznał, iż zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim skład orzekający Izby stwierdza, iż fakt odstąpienia od danego warunku umożliwiającego ubieganie się przez wykonawcę o zamówienie nie stanowi przeszkody dla żądania przez zamawiającego dokumentu, z którego będą wynikać informacje istotne z punktu widzenia zastosowania kryteriów. Jak wynika z ustaleń, dla oceny wniosku wykonawcy ubiegającego się o udział w postępowaniu zamawiający będzie opierał się na danych zawartych w sprawozdaniu

finansowym wymaganym w niniejszym postępowaniu. Takie działanie zamawiającego nie narusza wskazywanych przepisów art. 22 ust.2 i art. 7 ust.1 ustawy Pzp i podnoszony zarzut należało uznać za niezasadny.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut dotyczący wadliwości ustanowionych wag kryteriów oceny ofert. Z faktu, iż w ocenie wykonawcy waga dla kryterium terminu realizacji jest nadmierna nie wynika naruszenie uczciwej konkurencji. W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, termin realizacji jest jednym z dwóch kryteriów oceny ofert (Sekcja IV.2.1 Ogłoszenia) dopuszczonych przepisami Prawa zamówień publicznych i dla tego kryterium ustawodawca nie ustanowił szczególnych ograniczeń, co do jego wagi procentowej, stąd też żądanie ustalenia dla tego kryterium wagi 20 % nie znajduje uzasadnienia. Dodatkowo Izba wskazuje, iż podnoszone przez wykonawcę naruszenie przepisu art. 29 ust.2 Pzp jest niezasadne, albowiem przepis ten dotyczy przedmiotu zamówienia (który nie jest kwestionowany) a nie kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie Izba zauważa, iż termin składania wniosków upływał w dniu 14 grudnia 2009 r. i pomimo zapowiedzi jego przedłużenia ten termin nie został przedłużony przed jego upływem. Izba zwraca również uwagę, iż wniosek o przedłużenie terminu składania wniosków nie należy w tym przypadku kwalifikować jako czynność oprotestowaną, o której stanowi przepis art. 183 ust.5 ustawy Pzp, a zatem fakt braku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie stanowił przeszkody do zmiany ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie odrębnie.

Mając powyższe na uwadze a także uwzględniając przepis art. 191 ust.3 oraz art. 180 ust.8 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....