

WYROK

z dnia 1 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM
Group Polska Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa oraz
Ukrstalkonstrukcja O. S. A. ul. Architekta Horodeckoho 11-W, 01001
Kijów, Ukraina**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice

przy udziale **BUD – INVENT Sp. z o.o. ul. Filtrowa 76D lok. 111, 02-055
Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po
stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa oraz Ukrstalkonstrukcja O. S. A. ul. Architekta Horodeckoho 11-W, 01001 Kijów, Ukraina,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa oraz Ukrstalkonstrukcja O. S. A. ul. Architekta Horodeckoho 11-W, 01001 Kijów, Ukraina** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1154/10 z 1 lipca 2010 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. Budowa Siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25 marca 2010 r. na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń Zamawiającego oraz opublikowane 30 marca 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 62-092170, zatem do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Wartość zamówienia wynosi 2.063.524,59 zł, tj. 537.516,17 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu złożono 3 oferty.

31 maja 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez BUD – INVENT Sp. z o.o.

10 czerwca 2010 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu wykluczenia BUD – INVENT Sp. z o.o.,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego

i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania BUD – INWENT Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że BUD – INWENT Sp. z o.o. nie spełnia wszystkich warunków udziału w postępowaniu wymaganych przez Zamawiającego, który w części III pkt 14.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wymogi dotyczące doświadczenia wykonawcy wymagając między innymi, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenie działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał lub wykonuje „usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze sali koncertowej o wartości co najmniej 200 mln zł”. BUD-INWENT Sp. z o.o. w ofercie (pkt 3 „Wykazu wykonywanych w ciągu ostatnich 3 lat usług”) wskazał, że w tym zakresie pełnił funkcję inwestora zastępczego dla inwestycji „Budowa hali wielofunkcyjnej w Łodzi przy al. Unii Lubelskiej 2” wskazując jakoby inwestycja ta miała charakter budowy sali koncertowej.

Zdaniem Odwołującego wskazana inwestycja nie spełnia jednak tego warunku, gdyż dotyczy obiektu o całkowicie odmiennym charakterze, nie będącym salą koncertową, trudno bowiem za taką uznać obiekt będący halą widowiskowo – sportową. Jak wynika z załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane „Kategorie obiektów budowlanych” sale koncertowe i hale wielofunkcyjne zostały umieszczone w odrębnych kategoriach – hale sportowe i widowiskowe zakwalifikowano do Kategorii XV „Budynki sportu i rekreacji”, natomiast sala koncertowa jest budynkiem o charakterze kulturalnym, zbliżonym w swej funkcji do opery i tym samym odnosi się do niej kategoria IX „Budynki kultury, nauki i oświaty”. Hala wielofunkcyjna w Łodzi przeznaczona jest przede wszystkim do widowisk masowych o charakterze sportowym i rozrywkowym, dlatego powinna być zaliczona do kategorii XV. Wykazanie przez BUD – INWENT Sp. z o.o. na fakt, że w hali tej

odbywają się koncerty, jest całkowicie bezprzedmiotowe, koncerty organizuje się bowiem w różnych miejscach, w tym na stadionach piłkarskich i innych, które z całą pewnością nie mogą być uznane za sale koncertowe.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB), w którym „sale koncertowe” i „sale wielozadaniowe” zostały sklasyfikowane w innych grupach w ramach klasy nr 1261: sale koncertowe znajdują się obok opery, kina i teatru, podczas gdy „sale wielozadaniowe wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych” zgrupowano obok sal kongresowych i domów kultury.

Zatem hala wielofunkcyjna nie służy jednemu konkretnemu celowi w przeciwieństwie do sali koncertowej, więc przeznaczenie obu obiektów jest inne i inaczej przebiega ich projektowanie i budowa. Zatem Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że BUD – INVENT Sp. z o.o. spełnia warunek doświadczenia i powinien wykluczyć go z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym BUD – INVENT Sp. z o.o. nie spełnił tego warunku udziału w postępowaniu również z tego powodu, że pełnienie przez niego funkcji inwestora zastępczego dla tej hali nie obejmowało całej inwestycji, jedynie przy realizacji jej I etapu oraz na etapie dokończenia budowy, a w okresie pomiędzy tymi etapami wskazaną funkcję pełnił inny wykonawca, tym bardziej, że trudno stwierdzić, jaką wartość miały prace nadzorowane przez BUD – INVENT Sp. z o.o. i czy osiągnęły one wymaganą kwotę minimalną określoną przez Zamawiającego na 200 mln zł. Zamawiający wymagał wykazania się spełnieniem jednej usługi o określonej wartości, BUD – INVENT Sp. z o.o. wskazał halę wielofunkcyjną w Łodzi pomijając fakt, że nie była to jedna usługa, lecz dwie, a zamawiający – Miasto Łódź udzieliło mu dwóch zamówień, co potwierdzają ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Trudno jest też w związku z tym stwierdzić, jaką wartość miały oba zamówienia łącznie.

W przystąpieniu Przystępujący stwierdził, iż uzasadnienie odwołania opiera się na załączniku do ustawy Prawo budowlane „Kategorie obiektów

budowlanych” oraz rozporządzenia w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) jednak jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie warunki udziału w postępowaniu obowiązują wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu ze szczególnością ustaloną przez Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku treść warunku udziału w postępowaniu nie odwołuje się ani do powyższych aktów prawnych, lecz jej zakres znaczeniowy został określony m. in. poprzez użycie słów „inwestycji o charakterze sali koncertowej”, które nie są zaczerpnięte z treści któregokolwiek z powołanych aktów prawnych.

Zamawiający określił treść warunku w taki sposób, zatem próba ich interpretacji poprzez wprowadzenie elementów nie ujętych w ich literalnym brzmieniu poprzez odwołanie się do klasyfikacji czy kategorii nie znajduje uzasadnienia, gdyż skutkuje przyjęciem za podstawę badania ofert wymogów o innej treści aniżeli ta, jaką ustalili Zamawiający.

Jak wynika z informacji zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej Atlas Areny (www.atlasarena.pl), hala Atlas Arena przystosowana jest nie tylko do organizacji imprez sportowych, lecz również do organizacji różnego rodzaju widowisk artystycznych, przedstawień artystycznych oraz koncertów (m. in., jest wyposażona w zasilanie energetyczne z 2 transformatorów, dodatkową widownię rozkładaną na płycie w ilości 2060 krzeseł, garderoby z łazienkami, czy salę cateringową, przy czym dodatkowa widownia oraz rozmieszczenie miejsc w poszczególnych sektorach na płycie hali zależne są od wielkości sceny i scenografii na danym koncercie). Zrealizowana inwestycja miała zatem charakter sali koncertowej.

Na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego, słowo „charakter” oznacza „zespół cech właściwych danemu przedmiotowi lub zjawisku, odróżniających je od innych przedmiotów i zjawisk tego samego rodzaju”, zatem, „inwestycja o charakterze sali koncertowej”, to inwestycja posiadająca pewien określony zespół cech, które są związane z przeznaczeniem budowanego obiektu i sprowadzają się do określonej specyfiki prac projektowych i robót budowlanych. Zamawiający nie określił zakresu, ilości i intensywności, w jakich te cechy winny występować, zatem dla spełnienia przedmiotowego wymogu wystarczy, aby inwestycja posiadała cechy właściwe dla

projektowania i budowania sali koncertowej w jakimkolwiek zakresie, ilości i intensywności, a budowa hali wielofunkcyjnej w Łodzi wymagane cechy posiadała.

Zamawiający nie wymagał posiadania doświadczenia w zakresie inwestycji dotyczących sal koncertowych, lecz „o charakterze sal koncertowych”, co również prowadzi do wniosku, że wykazana inwestycja nie musiała spełniać wymogów sugerowanych przez Odwołującego, a polegających na określonym zakwalifikowaniu obiektu budowlanego, którego dotyczyła. Z kolei powołana przez Odwołującego okoliczność, iż „sale koncertowe” i „sale wielozadaniowe” są w ramach Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych zakwalifikowane do tej samej klasy 1261, wskazuje na niezasadność przedstawionych w odwołaniu żądań i zarzutów, gdyż potwierdza podobieństwo inwestycji dotyczących „sal koncertowych” oraz inwestycji dotyczących „sal wielofunkcyjnych”.

Jak wynika z posiadanych referencji wystawionych przez Urząd Miasta Łodzi, usługa polegała na pełnieniu funkcji inwestora i obejmowała m. in. sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad wykonywaniem prac projektowych i wykonawczych w branżach: konstrukcyjno – budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, drogowej. Inwestycja ta jest zatem traktowana przez Urząd Miasta Łodzi jako jedna całość, której to całości dotyczyła wykonana usługa. Argument Odwołującego, iż pełnienie funkcji inwestora zastępczego nie obejmowało całości inwestycji jest bezprzedmiotowy, jak bowiem wynika z literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, doświadczenie winno obejmować usługę wykonaną „podczas realizacji inwestycji”, w treści warunku brak natomiast zastrzeżenia, iż usługa ta winna dotyczyć całości inwestycji. Tak samo podana we wzmiankowanym wymogu wartość 200 mln zł odnosi się do wartości całej inwestycji, do której winna odnosić się usługa, nie zaś do zakresu objętych usługą robót zrealizowanych w ramach tej inwestycji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że nie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem „o charakterze sali koncertowej” oraz nie wymagał, aby realizacja inwestycji dotyczyła obiektów zaliczanych do

określonej kategorii, grupy czy klasy, a jedynie inwestycji o zbliżonych charakterze. Jak wynika z ustalonych poglądów, wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z oświadczenia BUD – INVENT Sp. z o.o. wynika, że zrealizowana inwestycja miała charakter sali koncertowej, a fakt, że odbywały się w niej wydarzenia muzyczne potwierdza spełnienie tego warunku. Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika także, że usługę należało wykonywać przez cały czas trwania inwestycji, natomiast nawet jeśli pomiędzy I etapem i dokończeniem budowy usługę wykonywał inny wykonawca, nie zmieniło to wartości samej inwestycji, a Zamawiający nie wymagał podania wartości usługi Inżyniera Kontraktu.

Zamawiający podniósł też, iż Odwołujący nie zarzucił mu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewezwanie BUD – INVENT Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o brakujące referencje, a bez takiego wezwania Zamawiający nie może wykonawcy wykluczyć z postępowania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych pismach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w spornym zakresie dotyczącym doświadczenia wymagał wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze sali koncertowej o wartości co najmniej 200 mln zł.

BUD – INVENT Sp. z o.o. w załączonym do oferty „Wykazie wykonywanych w ciągu ostatnich trzech lat usług” wykazał, jako jedyną dla tego warunku usługę, pełnienie funkcji Inwestora zastępczego dla inwestycji „Budowa hali

wielofunkcyjnej w Łodzi przy Al. Unii Lubelskiej 2” (tzw. Atlas Arena) wskazując, że jest to inwestycja o charakterze sali koncertowej – budynek wielofunkcyjny wraz z obiektami towarzyszącymi przeznaczony m.in. do celów sportowych (międzynarodowe zawody), koncertów, imprez widowiskowych, konferencji, zjazdów, produkcji muzycznych czy telewizyjnych i wymieniając kilka przykładowych koncertów, które się tam odbyły oraz podając, że całkowita wartość (inwestycji) wyniosła 287.000.000 złotych.

Wskazane przez Odwołującego akty prawne dokonały następującego podziału obiektów:

1. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) Dz. U. Nr 112, poz.1316 z późn. zm. – „Ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej”, w których klasa 1261 to „Ogólnodostępne obiekty kulturalne” i klasa ta obejmuje:

- kina, sale koncertowe, opery, teatry itp.;
- sale kongresowe, domy kultury i wielozadaniowe sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych;
- kasyna, cyrki, teatry muzyczne, sale taneczne i dyskoteki, estrady itp.;
- budynki schronisk dla zwierząt;
- budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych.

klasa 1261 nie obejmuje:

- muzeów, galerii artystycznych (1262);
- budynków kultury fizycznej (1265);
- Parków rozrywkowych i wypoczynkowych (2412).

Dodatkowo w klasie 1265 ujęto „Budynki kultury fizycznej” i klasa ta obejmuje:

- budynki przeznaczone dla imprez sportowych w halach (boiska do koszykówki, korty tenisowe, kryte baseny, hale gimnastyczne, sztuczne lodowiska itp.) wyposażone w stanowiska, tarasy itp. przeznaczone dla widzów oraz w prysznice, szatnie itp. dla uczestników;

- zadane trybuny do oglądania sportów na świeżym powietrzu.

klasa 1265 nie obejmuje:

- hal wielofunkcyjnych przeznaczonych głównie do celów rozrywkowych (1261);

- boisk sportowych przeznaczonych do sportów na świeżym powietrzu, np. odkrytych kortów tenisowych, odkrytych basenów itp. (2411).

2. załącznik do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.): kategoria IX – budynki kultury, nauki i oświaty, jak: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, archiwa, domy kultury, budynki szkolne i przedszkolne, internaty, bursy i domy studenckie, laboratoria i placówki badawcze, stacje meteorologiczne i hydrologiczne, obserwatoria, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych oraz kategoria XV – budynki sportu i rekreacji, jak: hale sportowe i widowiskowe, kryte baseny.

Ponieważ jednak Zamawiający rzeczywiście nie powołał się bezpośrednio na żaden z tych podziałów, akty te nie mają bezpośredniego zastosowania w niniejszej sprawie, mogą jednak służyć pomocniczo przy interpretacji spornego pojęcia „o charakterze sali koncertowej” zgodnie z zasadami interpretacji określonymi w art. 65 kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, z kolei w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Wytyczne dotyczące interpretacji oświadczeń woli zawarte są m.in. w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29.06.1995 r. (III CZP 66/95, OSNIC 12/95, poz. 168). Zgodnie z tą uchwałą wykładnia oświadczeń woli polega na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu i ma na celu ustalenie właściwej treści zawartej w oświadczeniu woli. Wyrażone w art. 65 kc reguły interpretacyjne grupują się wokół dwóch respektowanych przez prawo cywilne wartości: respektowania woli (intencji) osoby składającej oświadczenie oraz ochrony zaufania, jakie budzi złożone oświadczenie woli u

innych osób. Mając na uwadze ochronę obu tych wartości uważa się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go osoba składająca, jak i odbierająca oświadczenie. Jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest ustalenie, jak adresat rozumiał i powinien rozumieć sens tego oświadczenia. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przeważa tu ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad intencją nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie woli i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodne z jego wolą zrozumiane przez odbiorcę. Taka wykładnia sprzyja pewności stosunków prawnych, a tym samym pewności obrotu prawnego. W przypadku oświadczeń woli ujętych w formie pisemnej, sens tych oświadczeń ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W procesie jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym. Wykładni poszczególnych wyrażeń dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, a także cel oświadczenia.

Okolicznością mającą szczególne znaczenie przy interpretacji oświadczeń zamawiającego ma fakt, iż oświadczenia takie, w przypadku przetargu nieograniczonego, są składane nieograniczonej liczbie podmiotów. Na podstawie zapisów ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia podmioty te decydują, czy chcą i będą w stanie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Szczególne znaczenie mają tu warunki udziału w postępowaniu, ponieważ, oprócz samego przedmiotu zamówienia, to one określają krąg podmiotów, które o to zamówienie mogą się ubiegać. Ujawnienie warunków na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma chronić wykonawców przed działaniami zamawiającego naruszającymi zasadę jawności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zachowaniu, jak określa to Europejski Trybunał

Sprawiedliwości, przejrzystości postępowania. Z tego też powodu jasne jest, iż przy interpretacji oświadczenia woli zamawiającego powinno się przyjmować takie znaczenie tego oświadczenia, jakie przyjmuje zazwyczaj ogół nadawców i odbiorców tych oświadczeń, czyli zamawiających i wykonawców i nie tylko jego nieuprawnione zawężenie, lecz i rozszerzenie powoduje naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Ponieważ określenie „sala koncertowa” nie posiada legalnej definicji w aktach prawnych ani definicji powszechnie przyjętej, określającej jej cechy, a samo stwierdzenie, iż jest to „miejsce, sala, w której odbywają się koncerty byłoby tu rzeczywiście bezprzedmiotowe, ponieważ koncerty odbywają się w różnych miejscach, które w sposób oczywisty nie mają charakteru ani przeznaczenia sal koncertowych, np. klubach, halach sportowych, szkołach, pałacach, altanach parkowych, na scenach budowanych na świeżym powietrzu, Izba postanowiła zastosować najbardziej powszechnie przyjęte rozumienie tego pojęcia, czyli „salę koncertową” w tradycyjnym znaczeniu, które zasadniczo pokrywa się z rozumieniem wskazanym w PKOB, jak sale w filharmoniach, szkołach muzycznych itp. obiektach, a nie każda sala w tym celu wykorzystywana. Z powszechnego rozumienia „sali koncertowej” wynika także stwierdzenie *a contrario* – jakkolwiek koncerty można organizować w różnych miejscach, w sali koncertowej nie odbywają się imprezy/rozgrywki sportowe. Natomiast Atlas Arena to przede wszystkim boisko otoczone przez typowe dla hali sportowej siedziska i nawet jeśli Miasto Łódź budując ją planowało organizację w niej koncertów, nie zmienia to przede wszystkim jej charakteru sportowego, a nie sali koncertowej.

Zdaniem Izby Zamawiający w warunku użył właśnie tego wąskiego znaczenia „sali koncertowej” (uprawdopodobnia to także sam przedmiot zamówienia – sala Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach) i jego praktyka – jak wskazał sam Zamawiający podczas rozprawy – w postępowaniach, których przedmiotem była sala koncertowa w warunku używał zwrotu „sala koncertowa”, a kiedy „sala kongresowa” – wprost „sala kongresowa”. Pośrednią wskazówką mogłaby być także niewielka jak na postępowanie na Inżyniera Kontraktu liczba ofert i wykazywane przez pozostałych

wykonawców, którzy złożyli ofertę, doświadczenie odnoszące się do teatru i opery – jakkolwiek już w tych przypadkach jest to rozumienie rozszerzone w stosunku do wskazanego w PKOB.

Jednak rozszerzenie tego pojęcia na tym etapie postępowania na sale wielofunkcyjne, sportowe i inne, w których odbywają się koncerty, przeczyłoby przejrzystości postępowania, czy też zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż nadmiernie i w sposób nieuprawniony rozszerzałoby znaczenie pojęcia użytego w tym warunku i działałoby na niekorzyść tych wykonawców, którzy nie wzięli udziału w postępowaniu odczytując warunek Zamawiającego jako klasyczną salę koncertową.

Natomiast samo określenie „o charakterze” nie wpływa w tym przypadku na rozumienie pojęcia „sali koncertowej”, gdyż, jak wskazał Przystępujący, „charakter” to „zespół cech właściwych danemu przedmiotowi lub zjawisku, odróżniających je od innych przedmiotów i zjawisk tego samego rodzaju”, w przypadku sali koncertowej we wskazanym, tradycyjnym rozumieniu są to cechy na tyle dla niej charakterystyczne, że nie zawsze są spełnione nawet przez sale teatralne i w żadnym wypadku nie rozciągają się aż na hale sportowo – widowiskowe, widowiskowo – rekreacyjne itp.

Wskazana przez Zamawiającego klasyfikacja obiektów jako sal koncertowych dokonana na stronie www.lodz.naszemiasto.pl nie jest miarodajna, gdyż oprócz Filharmonii Łódzkiej i sali koncertowej Szkoły Muzycznej podaje takie obiekty jak Halę Sportową Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji, salę Studium Wychowania Fizycznego Politechniki Łódzkiej, Anilaną (znajduje się tam głównie pływalnia i sala do gry w piłkę), które w jawny sposób nie są salami koncertowymi, a co najwyżej miejscami, gdzie niekiedy koncerty są organizowane.

W związku z tym, że przedstawiony obiekt nie spełnia podstawowego wymogu „charakteru sali koncertowej” i nie może być uznany za spełnienie warunku wykonania usługi Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze sali koncertowej, nieistotne dla rozstrzygnięcia jest, czy

Przystępujący wykonywał usługę przez cały okres budowy i wartość inwestycji, którą może się wykazać.

Ponieważ w niniejszym przypadku zachodzi okoliczność wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ponowne badanie i ocena ofert mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba orzekła jak w sentencji. Oczywiście, jak zwrócił uwagę Zamawiający, w trakcie ponownego badania ofert, zobowiązany jest on do dokonania czynności określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie przyznała Odwołującemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ brak jest powiązania pomiędzy pełnomocnikiem, a fakturą przedłożoną do akt sprawy, która, zgodnie z § 3 pkt 3 ww. rozporządzenia jest podstawą orzeczenia o kosztach wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący

.....