

Sygn. akt: KIO 1986/12

WYROK
z dnia 3 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 października 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **17 września 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Bydgoski Park Przemysłowo-Technologiczny Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Bogdana Raczkowskiego 11, 85-862 Bydgoszcz**

przy udziale:

- A) wykonawcy **Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Dąbrowszczaków 39, 10-542 Olsztyn** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B) wykonawcy **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, ul. Lecznicza 7 47-400 Racibórz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: **siedem** tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 451 zł 33 gr** (słownie: **trzy tysiące czterysta pięćdziesiąt jeden** złotych zero groszy) przez odwołującego **B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego **Bydgoski Park Przemysłowo-Technologiczny Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Bogdana Raczkowskiego 11, 85-862 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1986/12

U z a s a d n i e

Zamawiający Bydgoski Park Przemysłowo-Technologiczny Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Raczkowskiego 11, 85-862 Bydgoszcz wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (Inwestora Zastępczego) przy realizacji projektu: „Budowa Centrum Transferu Technologii i Innowacji w Bydgoszczy”«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 11.09.2012 r. poz. 195825.

Wykonawca B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, wniósł 17.09.2012 r. (poniedziałek) do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez opracowanie przez zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w sposób nieuzasadniony zawężający krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.
- 2) art. 22 ust. 1 i 4 Pzp przez opracowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców;

- 2) dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 3) modyfikację ogłoszenia o zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia, w zakresie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Argumentacja odwołującego

W sekcji III.3.2 i III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdz. V ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3.1 lit. a i b zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku.

I. Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) wykonał co najmniej 2 usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego w zakresie budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, przy czym każdy z obiektów musi posiadać przynajmniej 5 000 m² łącznej powierzchni użytkowej, a całkowita wartość każdej z wykonanych inwestycji wynosiła minimum 8 mln zł brutto.

Konieczne jest wykazanie, aby co najmniej jedna z budów obiektu była wykonana oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie zaprojektuj i wybuduj (lub inne równoważne warunki kontraktowe),

b) wykonał co najmniej 2 usługi polegające na wykonaniu programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 i z 2010 r. Nr 72, poz. 464) dla budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, przy czym każdy z obiektów musi posiadać co najmniej 5 000 m² łącznej powierzchni użytkowej,

c) wykonał co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu lub sprawdzeniu studium wykonalności lub biznesplanu dla budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, przy czym każdy z obiektów musi posiadać co najmniej 5 000 m² łącznej

powierzchni użytkowej,

d) wykonał co najmniej 2 usługi polegające na przygotowywaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówień publicznych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym przygotowanie SIWZ, na wykonawcę robót budowlanych, o wartości szacunkowej zamówienia co najmniej 6 mln (netto). Konieczne jest wykazanie, aby co najmniej jedno zamówienie dotyczyło zaprojektowania i wybudowania obiektu budowlanego w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie zaprojektuj i wybuduj (lub inne równoważne warunki kontraktowe).

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 7 Pzp. Zgodnie z tezą wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 maja 2006 r. (sygn. V Ca 110/06) stawiane przez zamawiającego warunki wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia muszą być adekwatne do przedmiotu tego zamówienia. Formułowanie warunków udziału w postępowaniu powinno odbywać się w granicach, które zapewnią zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia, nie wykraczając jednak poza jego potrzeby w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (wyrok Zespołu Arbitrów z 21 stycznia 2005 r. sygn. UZP/ZO/0-52/05).

Działanie zamawiającego świadczy o próbie ograniczenia kręgu wykonawców przez określenie warunków udziału, które mogą spełnić wyłącznie określone wykonawcy. Fundamentalna zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna objawiać się także dążeniem do zamawiającego do pobudzenia konkurencyjności na rynku. Tym samym powinien on podejmować decyzje mające na celu zapewnienie uczestnictwa w postępowaniu jak najszerszej grupie podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia.

Obok racjonalizacji wydatków środków publicznych, celem Prawa zamówień publicznych jest zwiększenie konkurencyjności na rynku dóbr i usług.

Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu powinien mieć pewność, że nie wykluczy w ten sposób wykonawców, którzy są zdolni zrealizować zamówienie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 stycznia 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-79/05).

W rozpoznawanym postępowaniu nie ma obiektywnie istniejącego uzasadnienia, dla którego postawienie tak wygórowanych wymagań byłoby zasadne i bezpośrednio przyczyniało się do zapewnienia należytego wykonania zobowiązania. Oczekiwania zamawiającego stanowią zatem niedozwolony w warunek nadmierny.

Tymczasem, jak stanowi teza wyroku Zespołu Arbitrów z 16 sierpnia 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-2255/06) określenie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu, które nie są uzasadnione specyfiką zamówienia stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy bowiem ogranicza dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego realizacji. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny, adekwatność wymogów

zamawiającego względem żądanych wartości oznacza raczej możliwość ich określenia poniżej wartości nominalnej przedmiotu zamówienia, a nie w wysokości przekraczającej wartość udzielanego zamówienia. Przyjętą praktyką jest wręcz ograniczenie żądań do 1/3, a nawet 1/10 wartości nominalnej zamówienia.

Głównym celem zamawiającego jest wybudowanie obiektu zgodnie z przyjętymi założeniami, w tym celu zamawiający zamierza:

1) dokonać (przy udziale wykonawcy) wyboru podmiotu wykonującego Studium Wykonalności / Biznes Plan;

2) wykonać Program Funkcjonalno-Użytkowy zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.;

3) zweryfikować Studium Wykonalności / Biznes Plan;

4) nadzorować budowę Centrum Transferu Technologii i Innowacji (dalej Projekt).

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że obiekt będzie miał wielkość około 5 000 m². a szacunkowa wartość robót wynosi ok. 20 mln zł.

W odniesieniu do wyżej przywołanej argumentacji odnośnie sposobu określania warunków udziału i sposobu dokonania ich oceny wymóg w zakresie posiadania doświadczenia określonego w rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. a, tj. wykonania co najmniej 2 usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego w zakresie budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, przy czym każdy z obiektów musi posiadać przynajmniej 5 000 m² łącznej powierzchni użytkowej, a całkowita wartość każdej z wykonanych inwestycji wynosiła minimum 8 mln zł brutto. Konieczne jest wykazanie, aby co najmniej jedna z budów obiektu była wykonana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie zaprojektuj i wybuduj (lub inne równoważne warunki kontraktowe), jest wymogiem nadmiernym.

Zupełnie wystarczającym i jednocześnie zapewniającym zamawiającemu skuteczną realizację Projektu będzie wymóg posiadania doświadczenia w realizacji usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera kontraktu lub Inwestora Zastępczego, w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki kontraktowe, o wartości robót minimum 8 mln zł brutto każda, przy czym usługa Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego świadczona była w następujących branżach: a) budowlana; b) sanitarna; c) elektroenergetyczna; d) drogowa; e) telekomunikacyjna.

Wymóg posiadania doświadczenia w zakresie budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, stanowi działania ograniczające potencjalny krąg wykonawców, gdyż wykonawcy, którzy świadczyli usługi w zakresie budowy obiektu, który miał inny charakter niż przemysłowy lub przemysłowo-magazynowy, a w ramach

zamówienia były realizowane roboty we wszystkich branżach wymaganych przez zamawiającego, posiada doświadczenie w nadzorowaniu robót tego samego charakteru. Dodatkowo odwołujący zwraca uwagę, że dla przykładu budownictwo mieszkaniowe lub inwestycja z zakresu gospodarki wodno-ściekowej (oczyszczalnia ścieków/stacja uzdatniania wody z zapleczem socjalno-biurowym) są inwestycjami, które swoją złożonością znacznie przewyższają inwestycje, których przedmiotem była budowa obiektu przemysłowo-magazynowego (np. hali magazynowej z zapleczem socjalno-biurowym).

Głównym obowiązkiem wykonawcy zamówienia jest nadzór nad prawidłowością realizacji robót budowlanych. Zgodnie z regulacjami art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z 2011 r. Nr 32, poz. 159, z 2011 r. Nr 45, poz. 235, Nr 94, poz. 551, Nr 135, poz. 789, Nr 142, poz. 829, Nr 185, poz. 1092 i Nr 232, poz. 1377, oraz z 2012 r. poz. 472, poz. 951) do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

Pełnienie funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego wymaga posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Mając na uwadze powyższe w przypadku posiadania takich uprawnień przez inspektora może on nadzorować określoną w uprawnieniach branżę na każdym rodzaju inwestycji, np. inspektor nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej może nadzorować prawidłowość wykonania robót zarówno inwestycji, której przedmiotem jest budowa obiektu przemysłowego czy też oczyszczalnia ścieków. Zrealizowanie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu (Inwestora Zastępczego) dla robót budowlanych o wartości min. 8 mln PLN brutto realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne, w której zakres wchodził nadzór nad wykonaniem robót ww. pokazanych branżach daje pewność, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w:

- realizacji inwestycji na opartej na wzorze Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, a więc posiada wiedzę na temat mechanizmów administracyjno-formalnych pozwalających zarządzać budową;
- kierowaniu zespołem inspektorów nadzoru posiadających odpowiednie wymagane przepisami prawa uprawnienia;
- świadczeniu usług w zakresie nadzoru nad prawidłowością realizacji robót budowlanych.

Potwierdza to zasadność zarzutów odwołującego odnośnie nieproporcjonalnego określenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków. Dodatkowo odwołujący zauważa, że jednym z podmiotów propagujących FIDIC w Polsce jest towarzyszenie SIDiR (Stowarzyszenie Inżynierów, Doradców i Rzeczoznawców), które zrzesza osoby fizyczne

oraz – w charakterze członków wspierających – prywatne podmioty zajmujące się niezależnym doradztwem inżynierskim, takim jak: studia wykonalności, projektowanie, pełnienie nadzoru realizacji robót, zarządzanie realizacją przedsięwzięcia. Członkowie SIDiR, niezależni inżynierowie konsultanci, muszą posiadać doskonale kwalifikacje zawodowe i znajomość działania na rynkach międzynarodowych. Statut SIDiR nakłada także na swoich członków wysokie wymagania etyczne, zgodne z zasadami Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów (FIDIC). SIDiR rozpowszechnia w Polsce nowoczesne zasady organizacji procesów inwestycyjnych, proponowane przez FIDIC, Phare, Bank Światowy, a także Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju (EBOR) i Europejski Bank Inwestycyjny (EIB).

Członkowie SIDiR dostosowują wzory zagraniczne do wymagań polskich praw i przepisów, w tej liczbie do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Odwołujący oraz część jego personelu są członkami tego stowarzyszenia. Członkami SIDiR mogą być (i są) również prawnicy, ekonomiści, nie tylko inżynierowie – a więc Inżynierem w rozumieniu FIDIC nie musi być osoba posiadająca uprawnienia budowlane.

Zgodnie z rozdz. V ust. 1 pkt 4 lit. c specyfikacji zamawiający wymagał, aby wykonawcy znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani są złożyć części sprawozdania finansowego w postaci bilansu i rachunku zysków i strat, a jeżeli sprawozdanie podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o odpowiedniej części badanego sprawozdania, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego – ksiąg przychodów i rozchodów; w przypadku niepodlegania obowiązkowi prowadzenia ww. dokumentów – innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres ostatnich zakończonych trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, wykazujących przeciętne roczne łączne przychody w wykazywanym okresie, nie niższe niż 700.000 zł lub ich równowartość w PLN w przypadku podmiotów zagranicznych. Jednocześnie zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 759 523,06 zł (netto). Oznacza to, że zamawiający wymaga posiadania zdolności finansowych dowodzących wykonania 1 usługi w zakresie nadzoru, gdyż wysokość przeciętnych rocznych przychodów z okresu łącznie ostatnich trzech lat wykonawców została określona w kwocie odpowiadającej wartości zamówienia, przy jednoczesnym określeniu wymogu odnośnie doświadczenia i wiedzy na poziomie dwóch usług w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu.

Dowodzi to pewnej niespójności w zakresie określania opisu sposobu dokonywania

oceny spełniania warunków udziału dokonywanego przez zamawiającego i potwierdza tylko zasadność zarzutów odwołującego w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 i 4 Pzp.

II. W odniesieniu do warunku określonego w rozdz. V ust. 1 pkt 2 specyfikacji, tj. wykonania co najmniej 2 usług polegających na wykonaniu programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego dla budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną.

Program Funkcjonalno-Użytkowy jest dokumentem swoistego gatunku, którego forma jest ściśle normowana przez przepisy prawa (*vide* rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego).

Warunkiem nadmiernym jest wymóg wykonania dwóch opracowań, których przedmiotem był obiekt: przemysłowy wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, lub przemysłowo-magazynowy wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną. przy czym każdy z obiektów musi posiadać co najmniej 5 000 m² łącznej powierzchni użytkowej.

Dla potwierdzenia posiadania doświadczenia w zakresie ww. obiektów wystarczające jest wykazanie jednej usługi. Zamawiający w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia może zażądać wykonanie dwóch usług, z czego jedna potwierdzałaby doświadczenie w wykonaniu opracowania, którego przedmiotem był obiekt odpowiadający zakresem przedmiotowi zamówienia, zaś druga potwierdzałaby fakt posiadania doświadczenia w opracowywaniu programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z wytycznymi wynikającymi z przepisów prawnych regulujących tę materię.

Wykonawcy, którzy świadczyli usługi w zakresie opracowania programu funkcjonalno-użytkowego dla budowy obiektu, które miały inny charakter niż przemysłowy lub przemysłowo-magazynowy również posiadają doświadczenie w opracowywaniu tego typu dokumentów. Ważnym elementem odnośnie usług w zakresie opracowywania programów funkcjonalno-użytkowych jest posiadanie doświadczenia w opracowywaniu przedmiotowych dokumentów, ze względu na ich szczególną formę i zakres treści. Przedmiot opracowania jest dopiero kolejnym czynnikiem, który zamawiający powinien brać pod uwagę. Mając na uwadze powyższe warunki wystarczającym jest wymóg wykonania jednej usługi obejmującej swoim zakresem obiekt podobny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o

których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z reguły proporcjonalności należy wywieść przede wszystkim, że niedopuszczalne jest wymaganie doświadczenia w realizacji zadań tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a tym bardziej doświadczenia w realizacji zadań wykraczających poza ten przedmiot zamówienia.

Wynika to z choćby orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z 17 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP1135/09, wyrok KIO z 29 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 269/10). Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Należy podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z tym, zamawiający formułując warunki nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i wartości postępowania, a także swoich potrzeb, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Dokonując tej czynności zamawiający powinien mieć na uwadze jej cel – wybór odpowiedniego wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówienia.

Omawiane warunki udziału w postępowaniu należy interpretować również przez pryzmat praktyki wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na gruncie stosowania prawa UE. Orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych (...), którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję.

III. W rozdz. V ust. 1 pkt 3.1 lit. a i b specyfikacji i sekcji III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił wymogi jakie są stawiane wykonawcy w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany był dysponować m.in. następującymi osobami:

a) min. 1 osoba, która będzie pełniła funkcję Inżyniera Kontraktu (lub funkcję równorzędną), która (łącznie):

- posiada wykształcenie wyższe techniczne;
- posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w dowolnej specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z przepisami ustawy z dnia

7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane i rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub im odpowiadające ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

- posiada aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów oraz posiadający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej,

- posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe zdobyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych Kierownika budowy lub Inspektora nadzoru na budowie;

- posiada doświadczenie zawodowe zdobyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu (lub funkcji równorzędnej) przy realizacji co najmniej 2 inwestycji o wartości nie mniejszej niż 8 mln zł brutto w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie zaprojektuj i wybuduj (lub inne równoważne warunki kontraktowe),

b) min. 1 osoba, która będzie pełniła funkcję Inżyniera Rezydenta (lub funkcje równorzędną), która (łącznie):

- posiada wykształcenie wyższe,

- posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w dowolnej specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane i Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub im odpowiadające ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

- posiada aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów oraz posiadający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej,

- posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe zdobyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych Kierownika budowy lub Inspektora nadzoru na budowie;

- posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Rezydenta lub Inżyniera Kontraktu (lub funkcji równorzędnej do którejkolwiek z tych funkcji) przy realizacji co najmniej jednej zakończonej inwestycji, o wartości nie mniejszej niż 8 mln zł brutto w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie zaprojektuj i wybuduj (lub inne równoważne warunki kontraktowe).

Zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane uczestnikami

procesu budowlanego są: a) inwestor; b) inspektor nadzoru inwestorskiego; c) projektant; d) kierownik budowy lub kierownik robót.

Mając na uwadze te regulacje prawne osoby Inżyniera kontraktu oraz Inżyniera rezydenta nie są podmiotami, które są uczestnikami procesu budowlanego, stanowiska te mają charakter administracyjny.

W związku z tym wymaganie od ww. osób wykształcenia technicznego oraz posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych stanowi warunek nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający może żądać uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych od osoby, na które ustawa nakłada obowiązek posiadania takich uprawnień, w stosunku do osób wskazanych na stanowisko Inżyniera Kontraktu oraz Inżyniera rezydenta żaden akt prawny nie nakłada, takie postanowienie jest więc niezgodne z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Zamawiający poza osobami wskazanymi na stanowisko Inżyniera kontraktu oraz Inżyniera rezydenta żąda dysponowania osobami na stanowiska inspektora nadzoru inwestorskiego posiadającego uprawnienia w tej samej branży co Inżynier Kontraktu i Inżynier Rezydent. Oznacza to, że zamawiający zapewnia osobę w branży konstrukcyjno-budowlanej, które będzie świadczyła usługi z zakresu nadzoru na budowę. Stanowi to potwierdzenie prawidłowości zarzutu określenia przez zamawiającego opisu oceny dokonania warunków w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

IV. W związku z administracyjnym charakterem stanowiska Inżyniera Kontraktu i Inżyniera Rezydenta wymóg posiadania wykształcenia wyższego technicznego także należy uznać za nadmierny.

Z punktu widzenia zamawiającego kluczowym i najważniejszy m wymogiem w stosunku do ww. stanowisk powinno być posiadanie przez wskazane do realizacji osoby doświadczenia w pełnieniu roli Inżyniera Kontraktu/Rezydenta lub funkcji równorzędnych.

Funkcje Inżyniera Kontraktu/Rezydenta może pełnić osoba posiadająca wykształcenie wyższe zarówno techniczne jak i prawnicze lub ekonomiczne bądź inne. Odwołujący wskazał już wcześniej, że stowarzyszenie SIDiR (Stowarzyszenie Inżynierów, Doradców I Rzeczników), który propaguje realizację inwestycji w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC zrzesza osoby fizyczne oraz – w charakterze członków wspierających – prywatne firmy zajmujące się niezależnym doradztwem inżynierskim, takim jak: studia wykonalności, projektowanie, nadzór realizacji robót, zarządzanie realizacją przedsięwzięcia. Członkami

SIDIR mogą być (i są) również prawnicy, ekonomiści, nie tylko inżynierowie – a więc Inżynierem w rozumieniu FIDIC nie musi być osoba posiadająca uprawnienia budowlane. Potwierdza to lista członków, która znajduje się na stronie internetowej stowarzyszenia: <http://www.sidir.pl/sidir/index.php>.

Zgodnie z treścią orzeczenia KIO z 26 września 2011 r. (sygnatura akt. KIO 1991/11) art. 22 Pzp określa katalog warunków, które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przytoczonym przepisem wykonawca musi wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Oprócz ustawowo i tak ogólnie sformułowanych warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu, które będą doprecyzowaniem ogólnych warunków wynikać mając ze specyfiki danego zamówienia, jak również jego wartości.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, formułując warunki zamawiający nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i wartości postępowania, a także swoich potrzeb, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania.

W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza niezbędne minimum warunków udziału w postępowaniu uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia – tak w wyroku z dnia 9 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1379/09. Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r.,

sygn. akt KIO/UZP 916/09. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że zamawiający zamierza realizować inwestycję przy wykorzystaniu środków z dofinansowania, w przypadku otrzymania dofinansowania zamawiającego obowiązującą będą nie tylko regulacje wynikające z przepisów prawa krajowego, lecz także podlegać on będzie ścisłej kontroli pod kątem wydatkowania przyznanych im środków unijnych.

W przypadku wykrycia nieprawidłowości zamawiający musi się liczyć z możliwością utraty części lub całości dofinansowania (tzw. korekty finansowe). Celem korekt finansowych jest doprowadzenie do stanu, w którym 100% wydatków objętych dofinansowaniem będzie zgodne z regulacjami krajowymi i wspólnotowymi mającymi zastosowanie dla określonego projektu. Nieprawidłowość w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 to jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego o wydatku z budżetu ogólnego. W celu stwierdzenia istnienia nieprawidłowości wymagane jest zaistnienie łącznie 3 przesłanek: – naruszenia prawa; – działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego; – wywołania choćby potencjalnej szkody finansowej w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

Wśród nieprawidłowości powodujących obowiązek nałożenia przez instytucję kontrolującą korekty finansowej jest dla przykładu określenie w dyskryminacyjny sposób warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, wiążące się z naruszeniem art. 7 Pzp dotyczącym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wysokość korekty finansowej w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w przedmiotowym zakresie wynosi od 5-25% dofinansowania. Opracowanie pt. „Wyniki kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”, wielokrotnie jako uchybienia wskazuje stawianie nadmiernych warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawców („Wyniki kontroli” dostępne są na stronie internetowej UZP www.uzp.gov.pl. – pkt IV.4.8 „Wyników kontroli”).

V. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi o nadanie treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu następującego brzmienia:

a) rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. a – wykonał co najmniej 2 usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego, w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne równoważne warunki kontraktowe, o wartości robót minimum 8 mln zł brutto każda, przy czym usługa Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego świadczona była w następujących branżach: a) budowlana; b) sanitarna; c) elektroenergetyczna; d) drogowa; e)

telekomunikacyjna.

Konieczne jest wykazanie, aby co najmniej jedno zamówienie realizowane było w formule „zaprojektuj i wybuduj”, oparte o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne,

b) rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. b – wykonał minimum dwa Programy Funkcjonalno-Użytkowe zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., w tym minimum jeden który dotyczył obiektu przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynową wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną o łącznej powierzchni użytkowej minimum 5 000 m²,

c) rozdz. V ust. 1 pkt 3.1 lit. a – min. 1 osoba, która będzie pełniła funkcję Inżyniera Kontraktu (lub funkcję równorzędną), która (łącznie):

- posiada wykształcenie wyższe techniczne, prawnicze lub ekonomiczne,
- posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu (lub funkcji równorzędnej),

- posiada doświadczenie zawodowe zdobyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu (lub funkcji równorzędnej) przy realizacji co najmniej 2 inwestycji o wartości nie mniejszej niż 8 mln zł brutto w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (lub inne równoważne warunki kontraktowe),

d) rozdz. V ust. 1 pkt 3.1 lit. a – min. 1 osoba, która będzie pełniła funkcję Inżyniera Rezydenta (lub funkcje równorzędną), która (łącznie):

- posiada wykształcenie wyższe techniczne, prawnicze lub ekonomiczne,
- posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Rezydenta lub Inżyniera Kontraktu (lub funkcji równorzędnej do którejkolwiek z tych funkcji);

- posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Rezydenta lub Inżyniera Kontraktu (lub funkcji **równorzędnej do** którejkolwiek z tych funkcji) przy realizacji co najmniej jednej zakończonej inwestycji, o wartości nie mniejszej niż 8 mln zł brutto w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC w systemie zaprojektuj i wybuduj (lub inne równoważne warunki kontraktowe).

W wyniku czynności podejmowanych przez zamawiającego doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Prowadzenie postępowania przy wskazanych wyżej naruszeniach obowiązujących przepisów prawa może doprowadzić ostatecznie do jego obarczenia wadą uniemożliwiającą zawarcie w przyszłości ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, a okoliczności, na które powołuje się wnoszący odwołanie są uzasadnione i udowodnione. Podniesione w odwołaniu zarzuty i przywołane w uzasadnieniu okoliczności

zasługują na ich uwzględnienie, a odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminów określonych w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.09.2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 19.09.2012 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Wykonawca Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie 21.09.2012 r. złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wykonawca Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu 21.09.2012 r. złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wykonawca Bud-Invent Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 24.09.2012 r. złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania. Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 01.10.2012 r. (art. 186 ust. 1 Pzp) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez opracowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w sposób nieuzasadniony zawężający krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 Pzp przez opracowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia – nie zasługują na uwzględnienie.

W sekcji III.3.2 i III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdz. V ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3.1 lit. a i b zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Na wykonawca został nałożony szereg obowiązków.

Odwołujący zarzucił, że warunki te zostały sformułowane z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanego przepisu.

Zamawiający przewiduje wartość zamówienia obiektu budowlanego na 20 000 000 zł, w związku z tym wymaganie wykazania świadczenia usługi przy inwestycjach o wartości każdej z nich na poziomie 8 000 000 czy 6 000 000 zł, nie może być traktowane jako wygórowane czy nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Nie może to także być traktowane jako niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w sposób nieuzasadniony zawężający krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.

Podobnie nie może być traktowane żądanie wskazania powierzchni użytkowej – 5 000 m². Zamawiający nigdzie nie wskazał jak dużą powierzchnię ma mieć planowana inwestycja budowlana. Jednak z samej wartości przyszłego zamówienia na robotę budowlaną (20 000 000 zł) widać, że powierzchnia użytkowa inwestycji wynosząca 5 000 m² nie jest

nieproporcjonalna, nawet biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający żąda wykazania wykonywania usług przy dwóch takich inwestycjach, czyli razem 10 000 000 m².

Ponadto zamawiający zamierza wykonać przy udziale wykonawcy lub wprost powierzyć wykonawcy dokonanie:

- 1) wyboru podmiotu wykonującego Studium Wykonalności – Biznes Plan;
- 2) wykonania Programu Funkcjonalno-Użytkowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.;
- 3) zweryfikowania Studium Wykonalności – Biznes Plan;
- 4) nadzorowania budowy Centrum Transferu Technologii i Innowacji i koordynowanie na budowie inspektorów nadzoru, a budowa będzie wykonywana w systemie zaprojektuj i wybuduj w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

Dlatego zamawiający uzasadnienie żąda od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego, sprawdzeniu studium wykonalności lub biznesplanu oraz praktyczną znajomością procedur zamówień publicznych i opracowywania specyfikacji, również zdaniem składu orzekającego Izby nie jest żądaniem nie związanym z przedmiotem zamówienia, gdyż właśnie tego typu czynności będzie musiał wykonywać wybrany wykonawca.

Odwołujący 12 września 2012 r., przed upływem terminu składania ofert, zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji, jednak treść pisma była na bardzo dużym stopniu uogólnienia. Odwołujący na rozprawie stwierdził, że gdyby znał stanowisko zamawiającego określone w odpowiedzi na odwołanie zapewne złożyłby ofertę, jednak odwołujący mimo zwrócenia się o wyjaśnienia specyfikacji na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp nie uzyskał wyjaśnień w interesującym go zakresie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że instytucja zwracania się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji określona w art. 38 ust. 1 Pzp, jest m.in. ustanowiona po to, aby wykonawcy mogli pokazywać bardzo konkretne i nawet bardzo szczegółowe problemy, z którymi zetknęli się podczas analizy specyfikacji czy formułowania oferty. Odwołujący nie sprecyzował swoich problemów w sposób wystarczająco wyraźny. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie sformułowanej po otwarciu ofert nie dokonał zmiany specyfikacji, a tylko przedstawił swoje stanowisko. Natomiast odwołujący nie wykazał, że stanowisko to nie było identyczne ze stanowiskiem sprzed upływu terminu składania ofert. Skład orzekający Izby podkreśla jednak, że brak zwrócenia się o wyjaśnienia, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp nie stanowiłyby podstawy do oddalenia odwołania.

Zamawiający żądał wykazania posiadania doświadczenia w zakresie budowy obiektu: przemysłowego lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-soc-

jalną, gdyż przyszła inwestycja zamawiającego będzie miała ten charakter. W związku z tym skład orzekający Izby nie może doszukać się naruszenia żadnych przepisów, a również odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów przez zamawiającego w postawieniu tak sformułowanego warunku. Skład orzekający Izby stwierdza, że specyfika budowy obiektów przemysłowych czy np. mieszkaniowych jest na tyle odmienna, że zamawiający może postawić ogólny warunek wykazania się doświadczeniem w budowie obiektów przemysłowych i takie postawienie warunku nie narusza art. 22 ust. 4 Pzp, czyli jest wykazany związek między opisem sposobu oceny spełnienia postawionych warunków a przedmiotem zamówienia.

Zamawiający żąda w rozdz. V ust. 3.1 lit. a specyfikacji, aby Inżynierem Kontraktu była osoba posiadająca wyższe wykształcenie i uprawnienia budowlane do kierowania robotami w dowolnej specjalności konstrukcyjno-budowlanej, natomiast odwołujący stwierdza, że do pełnienia tej funkcji wystarczy, aby osoba taka bez uprawnień budowlanych posiadała wykształcenie wyższe techniczne, prawnicze lub ekonomiczne, ale z co najmniej 3 letnim określonym doświadczeniem.

Odwołujący nie wskazał sformułowania warunku naruszającego przepisy prawa, natomiast zamawiający wskazał jakie zamierza powierzyć obowiązki osobie Inżyniera – m.in. funkcję koordynatora, czyli nadzorującego pracę inspektorów nadzoru na przyszłej budowie, co wynika z § 8 ust. 1 pkt 23 wzoru umowy. W związku z tym wymaganie posiadania przez wykonawcę uprawnień budowlanych (a tym samym obowiązku posiadania wyższego wykształcenia technicznego) nie jest niezwiązane z przedmiotem zamówienia, a więc nie narusza art. 22 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z rozdz. V ust. 1 pkt 4 lit. c (str. 11) specyfikacji zamawiający wymagał, aby wykonawcy znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawcy byli w ogólności zobowiązani złożyć części sprawozdania finansowego w postaci bilansu i rachunku zysków i strat za okres ostatnich zakończonych trzech lat obrotowych wykazujących przeciętne roczne łączne przychody w wykazywanym okresie, nie niższe niż 700.000 zł. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 759 523,06 zł (netto), co oznacza, że zamawiający wymagał posiadania zdolności finansowych dowodzących wykonania 1 usługi w zakresie nadzoru, gdyż wysokość przeciętnych rocznych przychodów z okresu łącznie ostatnich trzech lat wykonawców została określona w kwocie odpowiadającej wartości zamówienia, przy jednoczesnym określeniu wymogu odnośnie doświadczenia i wiedzy na poziomie dwóch usług w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu. Zdaniem odwołującego dowodzi to niespójności w zakresie określania

opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału dokonywanego przez zamawiającego i potwierdza tylko zasadność zarzutów odwołującego w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 i 4 Pzp.

Jednak przepis art. 22 ust. 4 Pzp nie stanowi o spójności opisów sposobów dokonania oceny spełniania warunków ustanowionych przez zamawiającego, ale o konieczności związania ich z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnością do tego przedmiotu i jego wartości. Sam odwołujący stwierdza, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia wyniosła około 750 000 zł, a zamawiający wymagał wykazania przychodów na przeciętnym poziomie rocznym nie niższym niż 700 000 zł. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że nie można stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie wskazane kwoty 750 000 zł i 700 000 zł nie są ze sobą związane czy nieproporcjonalne, gdyż są w zasadzie prawie równe, a więc nie można stwierdzić naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp.

Zamawiający warunkował udział w postępowaniu również w rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. b specyfikacji, tj. żądał wykazania, że wykonawca wykonał co najmniej 2 usługi polegające na wykonaniu programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 i z 2010 r. Nr 72, poz. 464) dla budowy obiektu: przemysłowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną lub przemysłowo-magazynowego wraz z częścią biurową lub biurowo-socjalną, a każdy z obiektów musi posiadać co najmniej 5 000 m² powierzchni użytkowej. Zdaniem odwołującego jest to warunek zbyt wygórowany, gdyż – zdaniem odwołującego – podobne doświadczenie można zdobyć również opracowując programy funkcjonalno-użytkowe dla obiektów innego charakteru niż przemysłowy.

Odwołujący zastrzegł, że cyt. »niedopuszczalne jest wymaganie doświadczenia w realizacji zadań tożsamyh z przedmiotem zamówienia«. Odwołujący użył wyrazu »tożsamy« w szerokim rozumieniu tego słowa, czyli »taki sam«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 Pzp, gdyż postawiony warunek jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że charakter stanowiska Inżyniera Kontraktu i Inżyniera Rezydenta jest charakterem administracyjnym, zarządzającym, dlatego wymóg posiadania wykształcenia wyższego technicznego należy uznać za nadmierny. Jednak zamawiający nałożył we wzorze umowy dla tego stanowiska także inne zadania wynikające z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane i dlatego ustanowienie dla tego stanowiska

wymagań posiadania wykształcenia wyższego technicznego wraz z odpowiednimi uprawnieniami budowlanym skład orzekający Izby nie może uważać za nadmierny, co było wykazane wyżej.

Także odwołujący podnosił, że zamawiający mógł wprowadzić w błąd wykonawców używając niewłaściwej nomenklatury, jednak odwołujący nie wykazał, że zamawiający używał wyrazu »obiekt przemysłowy« w znaczeniu nadanym w załączniku do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane dla XVIII kategorii obiektu budowlanego »budynek przemysłowe«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wyrażenia te, mimo że oba zawierają ten sam przymiotnik »przemysłowy« i zaczynają się od wyrazów o podobnym ogólnie znaczeniu »obiekt« i »budynek« nie mogą być ze sobą mylone. Dlatego wykonawcy nie mogli być wprowadzeni w błąd i wobec braku definicji wyrażenia »obiekt przemysłowy«, powinni zwrócić się o wyjaśnienia do zamawiającego bądź pojmować to wyrażenie w ogólnym jego znaczeniu, a nie w znaczeniu zdefiniowanym w załączniku do ustawy jako »budynek przemysłowy«. W tym przypadku odwołujący również nie wykazał naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych – odwołujący [i ówczesznie składający protesty] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«,* odwołujący nie musi wykazywać naruszenia

zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając kwotę 451,33 zł – jako koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), a także kwotę 3 000 zł, jako kwotę adekwatną do nakładu pracy – jako koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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.

Przewodniczący:

.....