

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajęczka 11, lok.C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Gąsawa, 88-410 Gąsawa, ul. Żnińska 8** protestu z dnia **12 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajęczka 11, lok.C7

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajęczka 11, lok.C7;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 167zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt siedem) przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajączka 11, lok.C7** na rzecz **Urząd Gminy Gąsawa, 88-410 Gąsawa, ul. Żnińska 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajączka 11, lok.C7.**

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

Postępowanie

Zamawiający, Gmina Gąsawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę boiska sportowego do sztucznej trawy wodnej wraz z przebudową i rozbudową budynku szatniowo-sanitarnego na stadionie w Gąsawie. Wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 05.06.2009 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej <http://www.gasawa.bip.net.pl/?c=180> specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W punkcie 5.3. siwz sformułowano warunek udziału w postępowaniu, polegający na wymaganiu od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, wykonania w ostatnich 5 latach przed dniem wszczęcia postępowania, tj. przed terminem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, co najmniej 3 robót budowlanych w zakresie:

1. wykonania boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej wodnej o powierzchni porównywalnej z powierzchnią projektowanego boiska tj. ok. 5.500 m²,
 2. wykonania systemu nawadniania boiska ze sztucznej trawy wodnej,
 3. wykonania tablicy wyników,
- o wartości łącznej (pkt 1, 2 i 3) co najmniej 3.000.000,00 PLN.
4. wykonania robót ogólnobudowlanych odpowiadającym swym zakresem przedmiotowi zamówienia.

Protest

W dniu 12.06.2009 r. POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, wniosła protest wobec czynności zamawiającego przejawiających się w postanowieniach siwz oraz polegających na:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
- 2) opisanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 3) żądaniu dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie obowiązujących przepisów, co doprowadziło w szczególności do naruszenia zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

W związku z powyższym protestujący zażądał:

- 1) zmiany treści siwz poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tych warunków, zgodnie z uzasadnieniem protestu,
- 2) modyfikacji siwz poprzez dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni typu sztuczna trawa, które posiadają certyfikat FIH co świadczy o ich najwyższej jakości lub wskazanie, że oferowana nawierzchnia "sztuczna trawa" będzie uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego, jeżeli będzie spełniała następujące parametry:
 - Wysokość włókna: min. 13 mm
 - Kompozycja włókna runa nawierzchni: 100% włókien monofilowych, 100% polietylen
 - Warstwa elastyczna zintegrowana z nawierzchnią w formie pianki PU o grubości 5 mm lub układana na macie elastycznej wykonywanej na placu budowy

- Ciężar całkowity min. 3900 gr/m²
- Metoda produkcji dziane
- Rozstaw ściegów 3/16
- Szerokość rolki min. 400 cm
- DTEX: min. 5 600
- Odporność na promieniowanie UV -TAK
- Wypełnienie -BRAK
- Kolor nawierzchni zielony
- Linie wklejone w nawierzchnię -białe

3) modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ poprzez rezygnację z wymogów aby zaproponowany system nawadniania zastosowany był na minimum trzech obiektach do hokeja na trawie oraz aby zaferowana tablica wyników była zainstalowana na trzech obiektach do hokeja na trawie.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 PZP - poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 1-3 PZP - poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
- 3) art. 22 ust. 2 PZP - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 4) art. 25 ust. 1 i 2 PZP i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) - poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie wskazanych przepisów.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„(...)

II. Zamawiający w pkt. 5.3 i 6.4.1 SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy oraz dokument potwierdzający spełnienie tego warunku. Zamawiający zażądał wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych robót. Zamawiający nie ma prawa żądać doświadczenia w realizacji, aż trzech zamówień. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że zamówienie polega na realizacji jednego obiektu wraz całą infrastrukturą. Wykazanie się zatem przez wykonawcę doświadczeniem w prawidłowej realizacji co najmniej dwóch zamówień jest zupełnie wystarczające. Protestujący domaga się zatem zmniejszenia wymagań Zamawiającego, które w obecnym kształcie są bezzasadnie zbyt rygorystyczne. Takie stanowisko Protestującego znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, a wcześniej zespołów arbitrów.

Zamawiający określił zatem warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposób oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Protestujący domaga się zatem stosownej zmiany SIWZ we wskazany powyżej sposób.

III. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ograniczył przez to ilość wykonawców, którzy mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Żądanie wskazanych parametrów trawy syntetycznej, narusza przede wszystkim zasadę zachowania uczciwej konkurencji ponieważ stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy posiadają konkretną nawierzchnię.

IV. Nawierzchni sportowej me wolno opisywać za pomocą parametrów, które ograniczają konkurencję (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15.12.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2926/06). Należy jednak podkreślić, że naruszeniem przepisów PZP jest opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jeżeli Zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione jego potrzebami, to takie działania Zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

V. Zamawiający w SIWZ postawił wymogi: aby zaproponowany system nawadniania zastosowany był na minimum trzech obiektach do hokeja na trawie oraz aby zaoferowana tablica wyników była zainstalowana na trzech obiektach do hokeja na trawie. Takie wymogi są całkowicie bezzasadne. Każdy Zamawiający ma prawo żądać zainstalowania innego systemu nawadniania i innej tablicy, stąd wymóg jest zbyt wygórowany. Zamawiający

powinien ograniczyć się do danych producenta i na tej podstawie ocenić ofertę w tym zakresie.

VI. Działania Zamawiającego godzą w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych - zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ustawa zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający ma zatem obowiązek dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Dlatego bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, jednakże katalog tych cech powinien być obiektywnie uzasadniony.

VII. Regulacje prawne wyrażone w art. 29 PZP nakładają wyraźny obowiązek na Zamawiającego by przedmiotu zamówienia nie opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 PZP. Przywołany artykuł brzmi: "zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców" i należy go pojmować jako pewnego rodzaju klauzulę generalną, z której wynika konieczność przestrzegania zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ochrona tych dwóch zasad leży w interesie nie tylko samych ubiegających się o zamówienia wykonawców, lecz również w interesie publicznym, a ich realizacja niewątpliwie stanowi też swoistą gwarancję przejrzystości i kontroli wydatków publicznych. Realizacja zasad przejawia się oczywiście w czynnościach, jakie Zamawiający podejmuje w postępowaniu. Do najbardziej istotnych możemy zliczyć tutaj czynność opisu przedmiotu zamówienia, czyli ogólnie mówiąc konstruowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niejednokrotnie na tym etapie wykonywanych czynności występują sytuacje "patologiczne" dla systemu zamówień. Mając na uwadze tak treść art. 7 ust. 1 PZP, jak i pozostałych przepisów tej ustawy odnoszących się do zagadnienia zasady uczciwej konkurencji można stwierdzić, że działania Zamawiającego podejmowane w toku przygotowania postępowania oraz jego przeprowadzenia powinny być ukierunkowane zasadniczo w następujących obszarach: nie ograniczania i nie utrudniania konkurencji, a także zapewnienia konkurencji. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości

utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

(...)”

Rozstrzygnięcie protestu

W dniu 17.06.2009 zamawiający rozstrzygnął protest w sposób następujący:

„(...)”

Zamawiający informuje, że uwzględnił w części wniesiony protest dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Protestujący przedstawił zarzuty w następującej treści:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
- 2) opisanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 3) żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie obowiązujących przepisów co doprowadziło w szczególności do naruszenia zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

i zażądał:

- 1) zmiany przez Zamawiającego SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tych warunków, zgodnie z uzasadnieniem protestu,
- 2) modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ poprzez dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni typu sztuczna trawa, które posiadają certyfikat FIH, co świadczy o ich najwyższej jakości lub wskazanie, że oferowana nawierzchnia "sztuczna trawa" będzie uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego, jeżeli będzie spełniała następujące parametry:
 - Wysokość włókna: min. 13 mm
 - Kompozycja włókna runa nawierzchni: 100% włókien monofilowych, 100% polietylen
 - Warstwa elastyczna zintegrowana z nawierzchnią w formie pianki PU o grubości 5 mm lub układana na macie elastycznej wykonywanej na placu budowy

- Ciężar całkowity min. 3900 gr/m²
 - Metoda produkcji dziane
 - Rozstaw ściegów 3/16
 - Szerokość rolki min. 400 cm
 - DTEX: min. 5 600
 - Odporność na promieniowanie UV -TAK
 - Wypełnienie -BRAK
 - Kolor nawierzchni zielony
 - Linie wklejone w nawierzchnię -białe
- 3) modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ poprzez rezygnację z wymogów: aby zaproponowany system nawadniania zastosowany był na minimum trzech obiektach do hokeja na trawie oraz aby zaferowana tablica wyników była zainstalowana na trzech obiektach do hokeja na trawie.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający po wnikliwej analizie treści wniesionego protestu informuje, iż intencją Zamawiającego nie jest utrudnianie uczciwej konkurencji poprzez:

- określenie cech wskazujących na jednego producenta nawierzchni syntetycznej,
- określenie rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz sposobu oceny spełniania tych warunków,
- żądanie dokumentów potwierdzających spełnienie opisanych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający dopuści do postępowania o udzielenie zamówienia wszystkie podmioty, które wykażą się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia wynikających z faktu, że w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonaniem co najmniej trzech zadań, z których każde odpowiada swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, a także wykonaniem trzech systemów nawadniania na boiskach o powierzchni minimum 6000 m² każde. Za jedno zadanie odpowiadające rodzajem i wartością zamówienia Zamawiający uzna wykonanie następujących robót budowlanych: boiska z nawierzchnią syntetyczną z włókien syntetycznych o powierzchni co najmniej 6000 m² wraz z ogrodzeniem, trybunami i obiektem obsługi zawodów na łączną kwotę nie mniejszą niż 5000000 PLN.

Oferent zobowiązany jest do załączenia do oferty wykazu wykonanych robót poprzez podanie miejsca, daty oraz zakresu wykonanych prac potwierdzonych referencjami o należyтым wykonaniu zadania lub protokołem odbioru robót podpisanym przez Inwestora.

2. Zamawiający jednoznacznie określa, że przedmiotem zamówienia jest trawa syntetyczna stosowana na boiskach do hokeja na trawie wymagająca nawodnienia zarówno przed, jak i w przerwie meczu posiadająca certyfikat FIH, koloru zielonego z wklejonymi białymi liniami, wykonana z włókna nylonowego (100%) o długości włókna minimum 13 mm zintegrowana z nawierzchnią w formie pianki PU o grubości minimum 5 mm, dziana, bez wypełnienia.

(...)

W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddała, jako nieznajdujący podstaw prawnych do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

(...)"

Odwołanie

W dniu 22.06.2009 r. POLCOURT S.A. wniosła odwołanie od wyżej opisanego rozstrzygnięcia protestu podtrzymując w stosunku do działań zamawiającego zarzuty naruszenia przepisów sformułowane w proteście.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia oraz brzmienia pkt.5.3 siwz jako warunków naruszających zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sposób wskazany w treści protestu i uzasadnieniu,
2. zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w oparciu o fakturę przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

„(...)

Zamawiający w treści siwz w pkt. 5.3 oraz 6.4.1 określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia i wskazał niezbędny dokument za pomocą którego dokona oceny spełniania wskazanego warunku. W ww. punkcie siwz Zamawiający żąda aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego postępowania: "Posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, potwierdzone wykonaniem

w ostatnich 5 latach przed dniem wszczęcia postępowania, tj. przed terminem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, co najmniej 3 robót budowlanych w zakresie:

1. wykonania boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej wodnej o powierzchni porównywalnej z powierzchnią projektowanego boiska tj. ok. 5.500 m²,
2. wykonania systemu nawadniania boiska ze sztucznej trawy wodnej,
3. wykonania tablicy wyników

o wartości łącznej (pkt. 1, 2 i 3) co najmniej 3.000.000 pln

4. wykonania robót ogólnobudowlanych odpowiadających swym zakresem przedmiotowi zamówienia"

Tak określony warunek udziału w postępowaniu został oprotestowany w zakresie ilości wymaganych realizacji w odniesieniu do wymaganej wartości, powierzchni boiska, konieczności wykazania się instalacji 3 tablicami wyników.

Warunek ten jako nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję uznany został za zbyt wygórowany.

(...) zamawiający w treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu wskazuje nowe oczekiwania w stosunku do pierwotnie postawionych warunków i STAWIA JESZCZE BARDZIEJ WYGÓROWANE WARUNKI.

Stwierdza bowiem, że "dopuszcza do postępowania wszystkie podmioty, które wykażą się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia wynikających z faktu, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonaniem co najmniej 3 zadań, z których każde odpowiada swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, a także wykonaniem trzech systemów nawadniania na boiskach o powierzchni minimum 6000m² każde.

Za jedno zadanie odpowiadające rodzajem i wartością zamówienia Zamawiający uzna wykonanie następujących robót budowlanych: boiska z nawierzchnią syntetyczną z włókien syntetycznych o powierzchni, co najmniej 6.000 m² wraz z ogrodzeniem, trybunami i obiektem obsługi zawodów na łączną kwotę nie mniejszą niż 5.000.000 pln.

W dalszej treści rozstrzygnięcia protestu stwierdza, że pozostałym zakresie protest oddał, co oznacza, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu protest uwzględnił.

Wskazywałby na to również dokonanie przez Zamawiającego zmian w siwz i opublikowanie nowego brzmienia siwz. Czynność zmiany siwz została dokonana z naruszeniem brzmienia art. 183 ust. 5 pkt. 2) ustawy a zatem jest nieważna z mocy prawa. Dokonanie modyfikacji przed upływem terminu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu jest bowiem niedopuszczalne, co więcej w treść zmodyfikowanej siwz brzmi jeszcze inaczej niż uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu, bowiem tam zniknęło już słowo "na łączną kwotę" a zatem brak jest

już jakichkolwiek wątpliwości co do intencji Zamawiającego, iż na danym etapie postępowania należy wykazać nadal, aż trzema realizacjami ale już nie o wartości 3 mln, a 5 mln złotych.

Mając na uwadze powyższe podtrzymujemy Naszą argumentację i żądania wskazane w treści protestu. Wskazać bowiem należy, że żądanie wykazaniem się aż trzema realizacjami jest nieuzasadnione. Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwem realizacja jednej inwestycji podobnej do przedmiotu zamówienia gwarantuje posiadanie doświadczenia. Przedmiotem zamówienia jest budowa jednego boiska którego wymiary w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał jako 95,00-57,00 m a zatem jego powierzchnia 5.415 m². Tak więc już pierwotny warunek był zbyt wygórowany -ok. 5.500 m² a bez wątplenia uwzględnienie protestu i zmiana na 6.000m² wskazuje na określenie warunku udziału w postępowaniu zbyt wygórowanego i nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Wskazać zatem należy, że Nasze żądanie polegające na wykazaniu się nie więcej niż dwiema realizacjami których wartość każdej nie przekracza kwoty 3 mln. zł. i powierzchnia 5.500 m² znajduje uzasadnienie zarówno w treści przepisów ustawy jak i orzecznictwa. Zamawiający, bowiem określa warunki udziału w postępowaniu w celu zabezpieczenia swoich interesów, aby podpisać umowę z podmiotem dającym mu gwarancję należytego wykonania zamówienia, zagwarantowania jakości i terminowości realizowanych dostaw. (Tak m.in. SO w Warszawie w wyroku z dnia 5.10.2005 r.; sygn. akt. V Ca 1021/05) W związku, z czym bez wątplenia podmiot mający doświadczenie w realizacji zamówienia o podobnym stopniu złożoności - dostawie sprzętu funkcjonalnie porównywalnego z przedmiotem zamówienia daje Zamawiającemu taką gwarancję.

Tym bardziej, że pamiętać trzeba, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem poniżej wartości progowej, o której mowa w art. 11 pkt. 8 ustawy co oznacza, że w rodzaju postępowaniach ustawa dopuszcza nawet złożenie jedynie oświadczenia na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy.

Tak, więc w Naszym przekonaniu zarówno warunki jak i sposób dokonywania ich oceny (dokumenty) stanowią naruszenie przepisów prawa, a już bez wątplenia treść rozstrzygnięcia, w którym Zamawiający deklaruje zwiększenie konkurencyjności i jednocześnie podnosi warunki jest takim naruszeniem.

Orzecznictwo zarówno KIO jak i Sądów Okręgowych wskazuje na niemożność eliminowania z udziału w postępowaniu podmiotów które są w stanie wykonać zamówienie, skoro zatem Nasza firma zrealizowała inwestycje rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia, w tym dwie o wartości 3mln. zł. bez wątplenia daje gwarancję realizacji przedmiotowego zamówienia w sposób należyty.

W tym miejscu powołać należy wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r. poruszający tę kwestię, w którym czytamy: "Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby

zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia."

Podobnie w tym zakresie orzekła Izba w wyroku z dnia 29.04.2009 r. (sygn.akt. KIO/UZP 489/09) w którym stwierdza, że skoro o udział w postępowaniu ubiegają się wykonawcy zainteresowani, którzy mają doświadczenie i dysponują potencjałem technicznym dla właściwego i terminowego wykonania obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia to brak możliwości złożenia oferty przy ustalonym przez Zamawiającego warunku dopuszczenia do postanowienia wbrew postanowieniom art. 22 ust. 1 jest naruszeniem przepisów jak również zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Tak więc skoro przedmiotem zamówienia jest budowa jednego boiska nieuzasadnionym jest żądanie wykazaniem się aż trzema realizacjami.

(...)"

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy stanowi, iż Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

Treść cytowanych przepisów w zestawieniu ze stanem faktycznym sprawy pozwala sformułować proste (podane w uproszczonej i skróconej formie) wnioski prowadzące do subsumpcji faktów do zakresu regulacji normy prawnej, której wynikiem zastosowania jest odrzucenie przedmiotowego odwołania:

- Postępowanie jest postępowaniem o wartości niższej niż powoływane wyżej kwoty.

Λ

- Oddalony protest, w części będącej następnie przedmiotem odwołania, *de facto* formułuje tylko jeden konkretny zarzut w stosunku do postanowień siwz w przedmiocie warunków udziału w postępowaniu – zarzut zbyt wygórowanej liczby (3) wymaganych robót potwierdzających doświadczenie wykonawcy.

Λ

- Nie wchodząc w tym miejscu w dywagacje nt. jakie postanowienia siwz stanowią „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” wskazać należy, iż postanowienie siwz o wymaganym wykonaniu, co najmniej 3 robót budowlanych, z pewnością takim opisem nie jest. Przeciwnie, mieści się w „drugim” pojęciu występującym w innych przepisach ustawy, mianowicie w „opisie warunków udziału w postępowaniu”

Ergo:

Przedmiotowy protest nie dotyczył opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym odwołanie od jego rozstrzygnięcia nie przysługuje.

Powyższe wnioskowanie opiera się jeszcze na jednej, nie wyrażonej, ale przyjmowanej za prawdziwą przesłance, iż dyspozycja art. 184 ust. 1a pkt 2 przez użyte w niej sformułowania w żadnym razie nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu, rozumianych nie jako zbiór postanowień siwz w jakikolwiek sposób (nawet pośrednio) odnoszący się do warunków udziału w postępowaniu, ale rozumianych jako materialne wymagania, co do cech podmiotowych wykonawców sprecyzowane i wyrażone zgodnie z ustawą przez zamawiającego.

Wobec braku konsensusu w doktrynie i orzecznictwie, co do prawdziwości tak sformułowanej przesłanki, czego wyrazem są m.in. skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na postanowienia KIO o sygn. akt. 371/09 i 462/09, odnosząc się do zawartej w skargach argumentacji, skład orzekający Izby podnosi, iż nie podzielił jej zasadności.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż ustawa w szeregu przepisów (np. w art. 36 ust. 1 pkt 5, w art. 41 pkt 7, w art. 48 ust. 2 pkt 6) wyraźnie rozróżnia pojęcia (instytucje, kategorie, konstrukcje ... etc) „opis warunków udziału w postępowaniu” od „opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”.

Zasady wykładni językowej i systemowej, które powinny znajdować pierwszeństwo w trakcie rekonstrukcji i stosowania norm prawnych, jednoznacznie wskazują, iż ustawodawca wykreował dwa różne pojęcia, które wypełnił odmienną, normatywną treścią. Pomieszczenie przez ustawodawcę ww. instytucji obok siebie, w tych samych jednostkach redakcyjnych przepisów z użyciem spójnika koniunkcji, wskazuje przede wszystkim na fakt semantycznej

odrębności tych dwóch różnych, chociaż zestawianych i faktycznie powiązanych ze sobą instytucji.

Rzeczowe powiązanie oceny spełniania warunków z samymi warunkami nie jest kwestionowane. Jednak z faktu, iż sposób oceny spełniania warunków zawsze musi odnosić się do konkretnych warunków, w żadnym razie nie wynika, iż regulacje wskazujące na same warunki, niejako automatycznie dotyczą również oceny ich spełniania lub *vice versa*.

Redakcja przepisów przesądza o przeciwnym – co zostało inaczej nazwane (zwłaszcza w jednej frazie), nie może być tym samym. Nie można więc traktować dwóch różnych pojęć prawnych zamiennie i wypełniać ich taką samą normatywną treścią.

W przypadku gdy dane postanowienie siwz zostanie uznane za warunek udziału w postępowaniu (opis warunku udziału w postępowaniu), nie może jednocześnie stanowić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Przesądza o powyższym zarówno fakt pomieszczenia obu pojęć/instytucji w koniunkcji w tym samym przepisie, jak również ich treść referująca do innych aspektów powiązanych faktycznie i prawnie kwestii – przedmiot oceny (tu: opisane warunki udziału w postępowaniu) nie jest samą oceną czy sposobem jej dokonania, w szczególności nie określa środków i zasad według jakich dokonuje się ocenę, ale stanowi jedynie o punkcie dojścia i odniesienia oceny (podając graniczne parametry warunków, np. wymaganą ilość robót, personelu, środków... etc.). Rozpatrywanie i rozstrzygnięcie prawidłowości (zgodności z przepisami ustawy) warunków wyrażających się poprzez ich opis, w oderwaniu od prawidłowości sposobu dokonania oceny ich spełniania jest jak najbardziej możliwe. Prawidłowe warunki udziału w postępowaniu (adekwatne, zapewniające konkurencję... etc...) mogą być w nieprawidłowy sposób oceniane (np. na podstawie niewłaściwych dokumentów, niewłaściwego zakresu wymaganych danych... etc.) i *vice versa*.

Jeżeli więc ustawodawca, z założenia racjonalnie wykorzystujący językowe formy wyrazu norm prawnych, konsekwentnie posługujący się wskazanym wyżej dualistycznym zestawieniem dwóch różnych pojęć, w przepisie art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp, jedno z nich pomija, wniosek może być tylko jeden – zakres regulacji niniejszego przepisu nie obejmuje opisu warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zgodnie z jasną i precyzyjną regulacją ustawy w tym zakresie, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu, nie przysługuje. *Clara sunt non interpretanda* - tylko w przypadku braku jasnych sformułowań ustawowych, na podstawie których nie możliwe jest rozdzielenie zakresu unormowania poszczególnych okoliczności (niejako ich delimitacji) możliwe jest sięgnięcie do środków wykładni abstrahujących od dosłownego brzmienia przepisów, a opierających się na ogólnych zasadach czy celach unormowań prawnych.

W ocenie składu orzekającego Izby konieczność rozszerzenia możliwości wnoszenia odwołań dostępna na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów, powinna zostać

osiągnięta na drodze odpowiedniej nowelizacji ustawy, a nie poprzez tego typu zabiegi interpretacyjne.

Izba nie odniosła się do orzeczeń Sądów Okręgowych zapadłych w wyniku rozpatrywania ww. skarg Prezesa UZP z powodu braku ich uzasadnień.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 oraz 187 ust. 4 pkt 8 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego oraz koszty dojazdu na posiedzenie na podstawie faktur złożonych do akt sprawy w pełnej, wynikającej z nich wysokości – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....