

WYROK

z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Tomasza Kota prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych „GOBUD”

ul. Jagielly 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. B. Chrobrego 7, 65-043 Zielona Góra
protestu z dnia 16 września 2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. B. Chrobrego 7, 65-043 Zielona Góra i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Tomasza Kota prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych „GOBUD” ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. B. Chrobrego 7, 65-043 Zielona Góra** na rzecz **Tomasza Kota prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych „GOBUD” ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tomasza Kota prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych „GOBUD” ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przebudowę z rozbudową strzelnicy bojowej czołgów i transporterów opancerzonych w kompleksie 2922, JW 1986 Wędrzyn*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 12 września 2008 r. pod numerem 2008/S 177-235588. Tego samego dnia specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej

Zamawiającego. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 29.663.958,15 złotych (w tym zamówienia uzupełniające).

16 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25, art. 29, art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszył interes prawny Odwołującego uniemożliwiając mu uzyskanie zamówienia publicznego, poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych warunków, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem Odwołującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty, tj. w punkcie 1.2.2. podpunkt (2) odnośnik drugi, dla potwierdzenia przez wykonawców posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Zamawiający nakazał wykonawcom wykazać, że:

- 1) wykonali minimum *jedną robotę* budowlaną, sanitarną, drogową i elektryczną w zakresie prac o wartości 8.000.000 zł brutto na obiektach strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych,
- 2) wykonywali prace związane z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia o wartości co najmniej 8.000.000 zł brutto załączając do oferty wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, sanitarnych, drogowych i elektrycznych dla obiektów strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych wykaz robót związanych z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań dla strzelnic o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia (minimum *jednej roboty* o podobnym charakterze, zakresie prac i wartości, co najmniej 8.000.000 zł brutto), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie – zał. nr 7; potwierdzeniem ww. doświadczenia, będzie wykaz robót o podobnym charakterze jak wyżej wymienione potwierdzonych przez inwestorów i uznanych za należycie wykonane w zakresie robót, terminów realizacji, wartości, w tym: wartość

ww. robót ma być porównywalna dla podobnego przedsięwzięcia, lecz nie mniejsza niż 8.000.000 zł brutto.

Ad. 1. Zamieszczenie tego wymogu, nieokreślonego w ustawie Prawo zamówień publicznych i przepisach wykonawczych do ustawy z góry wyłącza określony krąg wykonawców, bardzo go zawężając, bowiem miejsce wykonania robót, jakie wskazał Zamawiający tj. strzelnice wozów bojowych, czołgowych czy garnizonowych jest miejscem wyjątkowym wykonania robót budowlanych, ale pomimo tego, zakres robót objętych zamówieniem jest typowy dla robót budowlanych. Z zakresu przedmiotu zamówienia wynika, że są to typowe roboty budowlane powszechnie wykonywane w ramach prowadzonej działalności przez firmy budowlane, m.in. roboty ogólnobudowlane (budowy budynków, wiat, magazynów, roboty rozbiórkowe, mury, betoniarskie, dachowe, posadzkowe, stolarskie, ślusarskie, okładzinowe, ciesielskie, konstrukcyjne, ogrodzeniowe), roboty ziemne (wykopy, przekopy, przemieszczenia gruntu, przewozy i dowozy gruntu i gruzu), roboty drogowe (nawierzchnie parkingów i chodników z kostki betonowej i kamiennej, drogi z ubitych materiałów sypkich i betonu), roboty elektryczne (przebudowa instalacji elektrycznej 230/400 V, przebudowa przyłączy elektrycznych, wykonanie nowych instalacji w budynkach, instalacje słaboprądowe (sterowanie, sygnalizacja), instalacje uziemiające, sieci kablowe niskiego napięcia, instalacje elektryczne wewnętrzne, instalacje telefoniczne i komputerowe, instalacje oświetlenia zewnętrznego), roboty sanitarne (przebudowa instalacji kanalizacyjnej, budowa nowych zbiorników bezodpływowych (szamb), przebudowa instalacji wodociągowej, instalacje wewnętrzne w budynkach). Zatem każdy wykonawca, który potwierdzi swoją wiarygodność w tym zakresie bez względu na miejsce wykonywania robót winien mieć prawo do złożenia oferty, bez konsekwencji jej odrzucenia. Natomiast Zamawiający, poprzez zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ww. wymogu dotyczącego wykonania robót budowlanych w tak nietypowym miejscu, jakim jest strzelnica, z góry wyłączył określony krąg wykonawców, którzy są zdolni wykonać to zamówienie bez względu na to, w jakim miejscu te roboty będą wykonywane. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i narusza zasadę

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu nie wynika ani z ustawy Prawo zamówień publicznych, ani z § 1 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Wykaz wykonanych robót budowlanych, jakiego może domagać się zamawiający, a przewidziany § 1 ust. 2 pkt. 1 ww. rozporządzenia może zawierać jedynie dane określone tym przepisem, a przepisy wykonawcze nie mogą być stosowane rozszerzająco. Zamawiający poprzez tak postawiony warunek narusza dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem utrudnia uczciwą konkurencję.

Ponadto Zamawiający w punkcie 1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszcza możliwość zatrudnienia bez ograniczeń podwykonawców co, w przypadku zawarcia przez wykonawcę w ofercie odpowiedniego oświadczenia (załącznik nr 7a i 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest garnizonowa strzelnica bojowa dla wozów bojowych oraz czołgów, rozszerzenie przez Zamawiającego miejsca wykonania robót do strzelnic nazwanych: *strzelnice wozów bojowych, strzelnice czołgowe, strzelnice garnizonowe* jest wybiegiem mającym wywołać wrażenie, że obiektów odpowiadających przedmiotowi zamówienia jest wiele i Zamawiający może zastosować taki warunek.

Ad.2. Zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku, aby wykonawca wykazał, że wykonywał prace związane z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań dla strzelnic o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia i o wartości, co najmniej 8.000.000 zł brutto wykracza poza ramy wynikające z zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, a wartość określona przez Zamawiającego kilkunastokrotnie przewyższa faktyczną wartość tych robót.

Zamawiający dopuszcza wykonanie robót przy pomocy podwykonawców, co dla przedmiotowego systemu sterowania strzelań jest konieczne i uzasadnione, bowiem zaprojektowany system opiera się na urządzeniach

jedynego w kraju producenta. Działanie Zamawiającego zawęży krąg wykonawców, i eliminuje innych, którzy są zdolni wykonać to zamówienie. System sterowania jest elementem przedmiotu zamówienia, który w każdym przypadku będzie wykonywany w ramach tego zamówienia przez wyspecjalizowaną, posiadającą odpowiednie koncesje firmę podwykonawczą. Robót w zakresie sterowania systemem strzelań nie wykonywał bezpośrednio żaden wykonawca pomimo ewentualnych zapisów w referencjach, że przedmiotem zamówień było wykonanie takich robót. W przedmiotowym zamówieniu prac tych nie będzie mógł wykonać wykonawca robót budowlanych, bowiem będzie je mogła wykonać tylko wyspecjalizowana, sprawdzona, profesjonalna firma będąca w dodatku jedynym producentem i dostawcą projektowanego systemu, posiadająca odpowiednie koncesje i zezwolenia do wykonywania takich prac.

W związku z powyższym, ponieważ, zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający nie może zmodyfikować treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący zażądał unieważnienia postępowania.

Zamawiający oddalił protest jako niezasadny, o czym poinformował Odwołującego 2 października 2008 r. następująco uzasadniając swoją decyzję.

Stosownie do przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek uściślenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby eliminowały z postępowania tych uczestników, którzy nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia. Postawiony warunek podyktowany jest nakazem wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów (art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych) jak i interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako umiejętność zdobytą i ugruntowaną w praktyce, nabycie wprawy, biegłości, a posiadanie niezbędnej wiedzy to posiadanie zasobu wiadomości z danej dziedziny, np. znajomość technologii czy metodologii,

w jakiej ma być wykonane zamówienie. Jest to szczególnie ważne ze względu na specyfikę wojskową robót, co potwierdzają wcześniejsze podobne sprawy. Zamawiający zastrzegł, że wykonawca powinien wykazać, że wykonywał roboty o podobnym charakterze nie na strzelnicach, ale jak dla strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych. Nieprawdą jest, że Zamawiającemu chodzi o miejsce wykonywania robót budowlanych, lecz o zakres wykonanych robót typowych dla strzelnic, np. robót drogowych, robót związanych z wykonywaniem makroniwelacji terenu, robót ziemnych wykopów liniowych o zbliżonej długości i głębokości, czyli tych robót, dla których wymagane jest posiadanie odpowiedniego sprzętu i wykwalifikowanych pracowników, a dopiero w ostatniej kolejności o doświadczenie zdobyte podczas realizacji typowych obiektów kubaturowych i instalacji wewnętrznych.

Przedmiotowa strzelnica bojowa jest obiektem szkoleniowym o dużym znaczeniu, szkolenia w niej odbywają się permanentnie i nie można pozwolić na jakiegokolwiek przestoje spowodowane komplikacjami w korzystaniu ze strzelnicy, więc roboty muszą być wykonane w sposób fachowy i precyzyjny przez wykonawcę, który miał styczność z podobnym zakresem prac, a nie np. z budową obiektów kubaturowych czy mostów. Wykonawca musi również wiedzieć, na czym polega montaż systemu sterowania, który jest sercem systemu wariantowania ukazujących się celów wg obowiązujących programów strzelań. Zatem ustalony warunek udziału w postępowaniu jest uzasadniony i konieczny ze względu na specyfikę przedmiotowego zadania.

Ponadto bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 29 i art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

3 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 7 października 2008 r.), w którym podtrzymał twierdzenia i zarzuty z protestu oraz żądanie unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia:

- 1) polegające na wprowadzeniu do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów, które stanowią naruszenie uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych,

2) określenie w SIWZ takich warunków udziału w postępowaniu, które utrudniają uczciwą konkurencję, co stanowi naruszenie art. 22 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3) art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie od wykonawców potwierdzeń, co do wykonanych robót danego specjalistycznego rodzaju, co nie jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

4) art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznaczne określenie wymogów stawianych wykonawcy, które mają wpływ na sporządzenie oferty, a które mogą go kwalifikować jako wykonawcę przedmiotu zamówienia, a nadto Zamawiający nie używa jasnych precyzyjnych określeń, które by dawały pewność spełnienia wymogów przez wykonawcę poprzez brak jednoznaczności określenia, o jaki wykaz robót Zamawiającemu chodzi – zzy o roboty wykonywane na strzelnicach i roboty podobne, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4) art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na tym, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie odnosi go w sposób prawidłowy do skali koniecznej kwalifikacji doświadczenia wykonawców w sposób właściwy, gdyż z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że są to roboty budowlane o przeciętnym stopniu trudności, natomiast w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający kwalifikuje je jako roboty o szczególnie trudnym charakterze.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu w pełni potwierdza jego twierdzenia – Zamawiający twierdzi bowiem, iż chodzi mu o to, aby wykonawca wykazał, że w okresie pięciu lat wykonał roboty o podobnym charakterze, zatem po stronie Zamawiającego nie było żadnej przeszkody by dopuścić wykonawców, którzy wykażą się wykonaniem robót o podobnym charakterze. Bowiem niczym szczególnym, jeśli chodzi o roboty budowlane nie jest usypanie wałów, czy pobudowanie obiektów kubaturowych. Zamawiający stwierdza, że roboty nie musiały być

wykonywane na strzelnicach, jednakże dalej pisze, że nie na strzelnicach, ale jak dla strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych. Oznaczać to może, ze względu na znaczenie słowa „jak” w języku polskim, bardzo dalekie podobieństwo, wręcz identyczność. Zatem mają to być roboty wręcz tożsame z robotami związanymi ze strzelnicami wozów bojowych. Natomiast nigdzie nie można wykonywać robót jak dla strzelnic, czy przy budowie rowów, wykopów różnego rodzaju, kanałów, przepustów. Bowiem strzelnica ma swoją specyfikę prac ziemnych związanych choćby z obwałowaniem długiego głębokiego parowu w sposób szczególny przez Zamawiającego wymagany co do zagęszczenia gruntu, itd. i trudno znaleźć roboty o tak daleko idącej identyczności, zatem takich prac „jak dla strzelnic” praktycznie nie ma nigdzie oprócz samych strzelnic. Takie rozumowanie Zamawiającego nie stwarza żadnego jasnego kryterium oceny robót i może wprowadzać zupełną dowolność co do oceny, czy wykazane roboty przez wykonawców to jest coś jak dla strzelnic, czy nie. Wprowadzając zapis, iż „wykonali prace związane z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia Zamawiający preferuje się tych wykonawców, którzy strzelnice bojowe już wykonywali. Rzecz jednak w tym, co podniósł wykonawca w swym proteście, iż systemy sterowania zawsze w każdym wypadku będą wykonywane przez firmę specjalistyczną. Jedna jest tylko firma w Polsce, która może to wykonywać. Zatem Zamawiający mając świadomość tego, że wykonawca, nawet jeśli już strzelnice wykonywał, nie ma żadnych kwalifikacji ku temu, by mienić się wykonawcą przedmiotowego sterowania strzelań, wprowadza jednak wymóg legitymowania się takimi robotami. Oznacza to, że Zamawiający tylko i wyłącznie daje fory tym wykonawcom, którzy strzelnice wykonywali. Jest bowiem oczywiste, że jest zupełnie identyczna sytuacja, jeżeli chodzi o kwalifikacje tego wykonawcy, który już jakąś strzelnicę popelniał, jak i tego, który tym okazać się nie może. Bowiem każdy z nich w wypadku wygrania przetargu i uzyskania zamówienia zwróci się do tego jednego wykonawcy sterowania strzelań o to, aby w formie podwykonawstwa wykonał takie urządzenia, bowiem żaden z wykonawców nie będzie miał żadnego pojęcia o technice i wykonawstwie tego sterowania, jako że są one

objęte tajemnicą, a wykonawca ich korzysta z wyłączności koncesji na montaż takich urządzeń i zezwolenia na wykonywanie takich prac. Takie konstruowanie wymogów przez Zamawiającego jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, bowiem wszystkie pozostałe roboty, oprócz systemu sterowań, jest w stanie wykonać każdy wykonawca, który wykonywał roboty budowlane, sanitarne, drogowe, elektryczne, na wartość jaką chce Zamawiający, tj. co najmniej 8.000.000 zł. Bowiem nie ma w tych robotach nic tak szczególnego, żeby firma budowlana mająca potencjał nie mogła tego wykonać. Weryfikacją tego czy firma ma potencjał jest to, że wykonywała roboty w kwocie 8.000.000 zł.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W punkcie 1.2.2. ppkt (2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienie dotyczące warunków udziału w postępowaniu: „wraz z ofertą każdy z Wykonawców powinien złożyć dokumenty potwierdzające, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny do wykonania zamówienia, a także znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:

- (...).
- wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, sanitarnych drogowych i elektrycznych dla obiektów strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych wykaz robót związanych z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań dla strzelnic o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia (minimum jednej roboty o podobnym charakterze, zakresie prac i wartości co najmniej 8 000 000,- PLN brutto) , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączeniem

dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie – zał. nr 7;

- potwierdzeniem ww. doświadczenia, będzie wykaz robót o podobnym charakterze jak wyżej wymienione potwierdzonych przez inwestorów i uznanych za należycie wykonane w zakresie robót, terminów realizacji, wartości, w tym:

- wartość ww. robót ma być porównywalna dla podobnego przedsięwzięcia lecz nie mniejsza niż 8 000 000 PLN brutto

- (...).”

Natomiast tytuł załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmi „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, sanitarnych drogowych i elektrycznych dla obiektów strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych wykaz robót związanych z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań dla strzelnic o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia (minimum jednej roboty o podobnym charakterze, zakresie prac i wartości), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie”.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego, iż przedmiotowy warunek jest skonstruowany w sposób nieczytelny.

W „wykazie” wymienionym w „kropce” Zamawiający wskazuje konkretne rodzaje robót świadczone w konkretnym miejscu – strzelnicach, natomiast w „myślniku” Zamawiający stwierdza, iż potwierdzeniem wymaganego doświadczenia będzie wykaz robót o podobnym charakterze – rodzi to wątpliwości i prawdopodobny konflikt na tle, czy wymagane są konkretne roboty, czy też jedynie „o podobnym charakterze”, co w istotny sposób wpływa na przyszłą ocenę spełnienia tego warunku. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu dodatkowo jeszcze wprowadza nowe rozumienie warunku stwierdzając, iż nie chodzi mu o podobne roboty na strzelnicach,

lecz „jak dla strzelnic”, czyli o rodzaj prac (drogowe, ziemne itd.), a nie miejsce ich wykonywania, co jest sprzeczne z brzmieniem tego warunku, w którym posługuje się sformułowaniem „dla obiektów strzelnic” jasno skazującym na wymagane miejsce wykonania robót. Poza tym z konstrukcji tego warunku nie wynika, w jaki sposób wymagana kwota 8.000.000 zł odnosi się do części dotyczącej robót budowlanych i robót związanych z systemem strzelań, tj. wartość jednej z nich, każdej z nich (jak przyjął Odwołujący w proteście), czy też suma ich wartości musi osiągnąć 8.000.000 zł. W związku z tym trudno ustosunkować się do zarzutu, iż Zamawiający wymaga dla robót związanych z systemem strzelań wykazania robót w tym zakresie o wartości kilkakrotnie większej niż wartość prac związanych z systemem strzelań opisanych w opisie przedmiotu zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż Zamawiający nie stwierdził, iż Odwołującego w tym zakresie błędnie interpretuje brzmienie warunku stwierdzić należy, iż, niedopuszczalne jest wymaganie wykazania się robotami o wartości znacznie przekraczającej wartość robót będących przedmiotem zamówienia – zgodnie z brzmieniem ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... ma być to wartość „porównywalna”. W związku z powyższym Zamawiający powinien odpowiednio zmienić treść warunku.

Natomiast, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma przeszkód, by wymagany wykaz robót budowlanych i wykaz robót związanych z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań umieścić w jednym wykazie, tj. jednej tabelce, jak uczynił to Zamawiający sporządzając załącznik nr 7.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż przedstawiony w opisie przedmiotu zamówienia zakres robót nie wskazuje na ich szczególne skomplikowanie czy też specjalistyczny, wojskowy charakter, a Zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów, z których wynikałaby konieczność wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu przedmiotowych robót właśnie na strzelnicach. Potwierdza to zresztą sam Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wyraźnie stwierdzając – i to wbrew wyraźnemu brzmieniu tej części warunku – iż wykonawca powinien wykazać, że wykonywał roboty o podobnym charakterze nie na strzelnicach, ale jak dla strzelnic, gdyż nie

chodzi mu o miejsce wykonywania robót budowlanych, lecz o zakres wykonanych robót typowych dla strzelnic, czyli głównie prac ziemnych i drogowych, a nie dotyczących obiektów kubaturowych i instalacji wewnętrznych. W związku z powyższym skład orzekający Izby przyznał rację Odwołującemu, iż warunek w części dotyczącej „obiektów strzelnic...” jest nadmiernie rygorystyczny i nieuzasadniony. W związku z powyższym Zamawiający powinien odpowiednio zmienić treść warunku wykreślając wymóg dotyczący strzelnic i, ewentualnie, zastępując go zakresem przedmiotowym, o który mu chodziło.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego systemu sterowania strzelań skład orzekający Izby stwierdził, iż podczas rozprawy Odwołujący przyznał, iż istnieją wykonawcy, którzy wykonywali montaż systemu sterowania strzelań, natomiast jest tylko jeden producent, a zatem tylko on może wykazać się wykonaniem wymaganej dostawy (w rozumieniu kodeksu cywilnego). Zatem warunek ten nie naruszałby uczciwej konkurencji, gdyby Zamawiający dopuszczał np. sprzedaż. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż ustawa Prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 2) w odmienny od kodeksu cywilnego sposób definiuje dostawę rozumiejąc przez to pojęcie „nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy czy leasingu”. W takim też znaczeniu w praktyce udzielania zamówień publicznych, w tym formułowania warunków, pojęcia tego używają zamawiający i wykonawcy i tak, zdaniem składu orzekającego, należy rozumieć to pojęcie w niniejszym postępowaniu (zgodnie z wykładnią wynikającą z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego – jako „ustalony zwyczaj”).

Poza tym skład orzekający Izby stwierdził, iż, niezależnie od umiejętności podwykonawców, to wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem i wiedzą w wykonywaniu zamawianych robót i to jego kwalifikacje są oceniane, co wynika wprost z art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika również, iż wykonawcy nie mogą się wykazać w tym zakresie doświadczeniem jako generalny wykonawca zatrudniający podwykonawcę. W związku z powyższym skład orzekający Izby zarzut ten uznał za nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 1 pkt 13 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) od dnia wejścia jej w życie stosuje się przepisy dotyczące zmiany ogłoszeń i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w przedmiotowym postępowaniu nie upłynął termin składania ofert, zatem możliwa jest zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie (z uwzględnieniem przepisów dotyczących modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz terminów na złożenie oferty).

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....