

WYROK

z dnia 17 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa i nakazuje:

- 1) nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych tytułem kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 649 zł 00 gr (słownie: sześćset czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) przez ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa na rzecz Miasta Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 444/11)

Zamawiający, Miasto Szczecin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Trafostacja Sztuki Szczecin - przebudowa ze zmianą sposobu użytkowania budynku byłej transformatorowni na Centrum Sztuki Współczesnej przy ul. Św. Ducha 4 w Szczecinie”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.02.2011 r. pod nr 30758-2011.

W dniu 04.03.2011 r. Erbud S.A. wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zarzucając zamawiającemu, iż przez ich sformułowanie naruszył zasady systemu zamówień publicznych.

W ramach zarzutów odwołania podniesiono (referowane tylko w zakresie popieranym przez odwołującego w trakcie rozprawy):

I.

W pkt. III.3.2) Ogłoszenia o zamówieniu (rozdz. V pkt 2.2 siwz), odnoszącym się do wiedzy i doświadczenia wykonawców wskazano:

„Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - minimum jedną robotę budowlaną podobną do objętych przedmiotem zamówienia. Za robotę budowlaną podobną do przedmiotu zamówienia Zamawiający uzna następujący komplet prac:

a. 1 wykonanie kompletnego wielobranżowego remontu lub przebudowy budynku wpisanego do Rejestru Zabytków o kubaturze minimum 7000 m³

oraz

a. 2 wykonanie renowacji elewacji tynkowanej budynku zabytkowego, wpisanego do Rejestru Zabytków.

Roboty budowlane podobne wymienione w punktach a.1 i a.2 mogły być wykonane w jednym lub oddzielnych zamówieniach.”

Według odwołującego opisany wyżej warunek udziału w postępowaniu narusza zasady wyrażone w art. 7, a doprecyzowane w art. 22 ustawy. Ze względu na zakres prac, które objęte są przedmiotem zamówienia, w szczególności, ze względu na fakt, że przebudowa ze zmianą funkcji dotyczy obiektu, będącego zabytkiem wpisanym do rejestru zabytków, zrozumiałe i uzasadnione jest postawienie warunku polegającego na wykazaniu się wykonaniem kompletnego wielobranżowego remontu lub przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków o określonej kubaturze, która jest mniejsza niż kubatura przebudowywanej transformatorowni. Powyższe wskazuje na konieczność wykazania się doświadczeniem w wykonawstwie prac związanych z przedmiotem zamówienia - art. 22 ust. 4 ustawy PZP. Warunek ten jest uzasadniony merytorycznie i czyni zbędnym stawianie dodatkowego warunku wykazania się wykonaniem renowacji tynkowanej elewacji budynku zabytkowego. Zawiera bowiem w sobie już konieczność wykazania się wykonaniem prac remontowych obiektu zabytkowego, co pozwala stwierdzić, że dany wykonawca potrafi wykonać przebudowę przedmiotowej transformatorowni.

Postawienie dodatkowo warunku wykazania się wykonaniem renowacji elewacji tynkowanej budynku zabytkowego, wpisanego do rejestru zabytków nie jest natomiast uzasadnione i dopuszczalne w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Warunek ten jest bowiem zbędny dla oceny kwalifikacji wykonawców, ich możliwości i umiejętności wykonania obiektu będącego przedmiotem zamówienia. Elewacja przebudowywanego budynku wykonana jest bowiem w przeważającej części z cegły klinkierowej, okna zaś mają formę witraży na stalowych obramowaniach. Całość zaś jedynie okraszona jest elementami (wstawkami) zwykłego tynku elewacyjnego, typowego dla obiektów budowlanych tego typu. Elewacja tynkowa nie wyróżnia się dodatkowo żadnymi szczególnymi cechami czy detalami architektonicznymi, które uzasadniałyby prawidłowość postawionego warunku. Nie zawiera ona sztukaterii ani kamiennego wystroju rzeźbiarskiego, bądź innych zdobień tego typu budynków, jak np.: zegary słoneczne, wyszukane sgraffito, zdobione urządzenia techniczne, jak dźwigi czy podnośniki, itp. (Powyższe odwołujący zobrazował na zdjęciu elewacji zamieszczonym w treści odwołania).

Według odwołującego w technice wykonania tynkowania opisywanych fragmentów elewacji nie ma niczego nietypowego, co uzasadniałoby postawienie warunku wykazania się dodatkowym doświadczeniem właśnie w wykonawstwie renowacji elewacji tynkowanej budynku zabytkowego. Tym bardziej, że zamawiający nie oczekuje wykazania się doświadczeniem w wykonawstwie elewacji tynkowanej określonego rodzaju czy w określony sposób, np.: z profilowaniami ciągnionymi metodą boniowania poziomego lub pionowego, z dekoracjami (rozety, kinkiety), elementami przestrzennymi (figurkami), z opaskami okiennymi

z nadokiennikami (np.: szczytowymi, ciągnionymi) i płycinami, z gzymsami na kroksztynach, itp.

Sam fakt, że budynek wpisany jest do rejestru zabytków nie przekłada się bowiem w żaden sposób na postawiony dodatkowy warunek w sytuacji, gdy doświadczenie w przebudowach obiektów wpisanych do tego rejestru weryfikowane jest już pierwszym elementem definiującym robotę podobną, tj. wykonaniem kompletnego wielobranżowego remontu lub przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków o określonej kubaturze. Ponadto zamawiający oczekuje określonych kwalifikacji od osób kierujących robotami przy zabytkach nieruchomych.

Odwołujący wskazał, że gdyby powyższa elewacja była szczególnie złożona z architektonicznego czy budowlanego punktu widzenia, nietypowa, o określonych walorach artystycznych, wykonana w technice, której już się dziś powszechnie nie stosuje, bądź zawierała jakiegokolwiek dodatkowe cechy, pozwalające uznać ją za wymagającą szczególnych kwalifikacji, być może mogłoby to stanowić argument dla postawienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Jednak przedmiotowa elewacja jest typowa, przeciętna, charakterystyczna dla obiektów budowlanych Pomorza Zachodniego, wznoszonych na początku XX wieku. Zawiera w sobie nawet więcej elementów wykonanych z cegły klinkierowej, ułożonej w dość specyficzny sposób, bardziej wymagających, złożonych i trudniejszych do wykonania z budowlanego punktu widzenia, niż tynku. Renowacja powyższej elewacji nie wymaga żadnych szczególnych umiejętności, których nie posiadałby wykonawca, który ma już doświadczenie w wykonywaniu remontu lub przebudowy budynków wpisanych do rejestru zabytków.

Warunek ten jest więc zbędny z punktu widzenia celu, dla którego został sformułowany. Nie wnosi on niczego do całokształtu weryfikacji wiedzy i doświadczenia wykonawcy przebudowy transformatorowni, przez co staje się dyskryminującym. Utrudnia bowiem dostęp do wykonania zamówienia, tym spośród wykonawców, którzy potrafią wykonywać remonty obiektów wpisanych do rejestrów zabytków i zdobyli w tym zakresie stosowne doświadczenie. Warunek ten nie weryfikuje wiedzy i doświadczenia, ogranicza konkurencję i jako taki nie powinien się ostać.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:

„Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - minimum jedną robotę budowlaną podobną do objętych przedmiotem zamówienia.

Za robotę budowlaną podobną do przedmiotuzamówienia Zamawiający uzna następującą pracę: wykonanie kompletnego wielobranżowego remontu lub przebudowy budynku wpisanego do Rejestru Zabytków o kubaturze minimum 7000 m³.”

II.

W pkt. III.3.4) Ogłoszenia o zamówieniu (rozdz. V pkt 2.3 siwz) „Osoby zdolne do wykonania zamówienia” wskazano:

„Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować minimum po jednej osobie na każde z wymienionych poniżej stanowisk:

a) Kierownik Budowy Wymagane kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:

i) posiadanie uprawnień do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz

ii) posiadanie co najmniej pięcioletniego doświadczenia jako Kierownik Budowy przy realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej przy jednej inwestycji o wartości minimum 5 000 000 zł brutto oraz

iii) posiadanie co najmniej dwuletniego doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury z dn. 09.06.2004r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz.U. Nr 150,poz. 1579).”

Zdaniem odwołującego żądanie wykazania się łącznie:

- pięcioletnim doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi,
- w tym jedną inwestycją o wartości minimum 5.000.000 zł brutto oraz
- dwuletnim doświadczeniem w kierowaniu lub nadzorowaniu robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych,
- przy jednoczesnym wymogu legitymowania się konkretnym, ściśle określonym rodzajem uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń) -

jest warunkiem, który w nieuzasadniony sposób zawęży krąg potencjalnych kierowników budów tylko do tych, którzy w swym doświadczeniu zawodowym potrafią wykazać się kierowaniem bardzo specyficznymi, konkretnymi robotami przy zabytkach nieruchomych.

Praktyka wykonywania robót budowlanych, takich jak objęta przedmiotowym zakresem zamówienia, pozwala raczej przyjąć, że dla kierowania samymi robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych, zgodnie z ww. rozporządzeniem Ministra Kultury, wystarczające

jest powołanie kierownika robót zabytkowych, podlegającego na placu budowy kierownikowi budowy. Sam kierownik budowy nie musi legitymować się dwuletnim doświadczeniem w kierowaniu lub nadzorowaniu robót budowlanych przy zabytkach nieruchomości – jego obowiązki są bowiem inne niż obowiązki kierownika robót zabytkowych. Dlatego też jego doświadczenie winno być dostosowane do przypisanych mu kompetencji na terenie placu budowy. Jeżeli jednocześnie będzie dysponował kierownikiem robót o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu, to tak rozdzielony warunek udziału w postępowaniu będzie wystarczający. Wykazanie się zaś pełnieniem funkcji kierownika budowy, który kierował jednocześnie robotami zabytkowymi jest nadmiernie wygórowane.

Osób, które łącznie spełniają oczekiwane przez zamawiającego wymagania jest niewiele, co wynika z dominującej praktyki rynkowej powoływania kierowników robót zabytkowych, jeżeli prace wykonywane są w obiektach wpisanych do rejestru zabytków, czy pozostających w gminnej ewidencji zabytków. Całością prac budowlanych kierują zaś kierownicy budowy, od których nie wymaga się już doświadczenia w robotach zabytkowych.

Właśnie uwzględniając taką praktykę zamawiający wskazał, że dwuletnie doświadczenie ww. osoby ma być doświadczeniem w zakresie kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomości, a nie doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy przy zabytkach nieruchomości. Dysponowanie jednak kierownikiem budowy, który przez określony czas kierował robotami zabytkowymi i dodatkowo spełnia pozostałe wymagania jest w praktyce bardzo rzadkie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o następującą modyfikację kwestionowanego warunku (rozdzielenie funkcji Kierownika budowy i Kierownika robót zabytkowych):

„Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować minimum po jednej osobie na każde z wymienionych poniżej stanowisk:

a) Kierownik Budowy

Wymagane kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:

- i) posiadanie uprawnień do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz*
- ii) posiadanie co najmniej pięcioletniego doświadczenia jako Kierownik Budowy przy realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej przy jednej inwestycji o wartości minimum 5 000 000 zł brutto;*

b) Kierownik robót zabytkowych

Wymagane kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:

- i) posiadanie uprawnień do kierowania robotami bez ograniczeń*
- ii) posiadanie co najmniej dwuletniego doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomości, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury z*

dn. 09.06.2004r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz.U. Nr 150,poz. 1579).”

Uwzględniając treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanej przez zamawiającego, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Kwestionowane warunki udziału w postępowaniu, których dotyczy odwołanie, przedstawiają się tak, jako zostało to przytoczone w treści odwołania i zreferowane wyżej w niniejszym uzasadnieniu.

W Subklauzuli 6.9 „Personel wykonawczy” w Warunkach Szczególnych Kontraktu (do Warunków Ogólnych Kontraktu na budowę – FIDIC, wyd. angielsko-polskie z 2000 r.) załączonych do siwz i stanowiących wzór umowy, zaznaczono, iż „wykonawca zapewni kluczowy Personel określony w Ofercie i nie zmieni żadnego z członków tego Personelu bez uprzedniej zgody Inżyniera i Zamawiającego”.

Zgodnie z rozdz. XV siwz przedmiotem niniejszego zamówienia jest przebudowa ze zmianą sposobu użytkowania budynku byłej transformatorowni na Centrum Sztuki Współczesnej przy ul. Św. Ducha 4 w Szczecinie.

Dalej, w rozdz. XV wskazano m.in.:

3) „Ogólna charakterystyka obiektu”

a. Opis stanu istniejącego

Budynek Starej Transformatorni zlokalizowany jest przy ul. Św. Ducha 4 w Szczecinie na działce 101/1 obręb 1038. Budynek o charakterze przemysłowym składa się z podpiwniczonej nawy głównej, części bocznej i części tylnej u zbiegu których znajduje się klatka schodowa. Obiekt od 20 lat jest nieużytkowany i ulega stopniowej dewastacji.

Budynek jest zabytkiem wpisanym do rejestru zabytków pod nr rejestru 1034, dec. Nr K1.III.5340/3/84 z dnia 10.04.1984r.

Dane liczbowe stanu istniejącego budynku

- powierzchnia zabudowy $P_z = 658 \text{ m}^2$

- powierzchnia użytkowa $P_u = 1674,79 \text{ m}^2$

- kubatura $V_c = 9.653 \text{ m}^3$

- podpiwniczenie: 100%
- wysokość budynku: 19,13 m

b. Stan projektowany

Zakresem inwestycji objęty jest obiekt tzw. „Starej Transformatorni” wraz z zagospodarowaniem najbliższego otoczenia i odtworzeniem ciągu ulicy Podgórznej po południowo-zachodniej stronie obiektu w formie ciągu pieszego uformowanego w spadku ze schodami.

Dane liczbowe stanu projektowanego budynku

- powierzchnia zabudowy $P_z = 658 \text{ m}^2$
- powierzchnia użytkowa $P_u = 2031,76 \text{ m}^2$
- kubatura $V_c = 10.156,00 \text{ m}^3$
- podpiwniczenie: 100%
- wysokość budynku: 19,13 m

c. Charakterystyka zabudowy

Zachowano bryłę budynku, historyczne elewacje od ul. Św. Ducha i od strony przejścia na ul. Podgórną. Nadbudowano trakt boczny w głębi działki o 1 kondygnację tak, aby nie było to widoczne i nie zniekształcało bryły historycznej od strony ul. Św. Ducha.

Zmieniono konstrukcję dachową nawy głównej, z uwagi na zły stan istniejącej konstrukcji dachowej nie nadającej się do naprawy i dalszego użytkowania.

Ściany elewacji historycznych podlegają renowacji według programu prac konserwatorskich, a pozostałe zostaną ocieplone i pokryte tynkiem strukturalnym. Obudowa nowej nadbudowanej części wykonana będzie z siatek i blach perforowanych stalowych powlekanych.

2. Zakres zamówienia obejmuje

W zakresie zamówienia jest wyremontowanie istniejącego budynku z wykonaniem nadbudowy wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami mediów.

Z zakresu wyłącza się wykonanie przyłącza ciepłego i elektrycznego, które będą wykonane przez dostawców mediów.

3. Dokumentacja budowlana

1) Pozwolenie na budowę z dnia 9 listopada 2010r wydane przez Starostwo Powiatowe w Pырzycach – Decyzja nr 417/10

2) Projekt budowlany i wykonawczy wykonany przez: „STUDIO A4” Spółka Projektowa z o.o., al. Wojska Polskiego 20, 70-470 SZCZECIN

Zamawiający nie przekazał wraz z potwierdzoną za zgodność z oryginałem dokumentacją postępowania, a także nie przedstawił w trakcie rozprawy dokumentacji projektowej składającej się na opis przedmiotu zamówienia.

Tym samym ustalając szczegółowy zakres i rodzaj przedmiotu zamówienia, niezbędny dla oceny dopuszczalności stawianych warunków udziału w postępowaniu, Izba oparła się na dowodach: wyciągach z projektu budowlanego przedłożonych przez odwołującego oraz składającym się na dokumentację projektową „Programie prac konserwatorskich” przedłożonego przez zamawiającego.

W tym zakresie Izba uwzględniła:

- rysunek elewacji południowo-wschodniej nr 17 z Projektu wykonawczego przygotowanego przez Studio A4 (wraz ze zdjęciem),
- rysunek elewacji południowo-zachodniej nr 20 z Projektu wykonawczego przygotowanego przez Studio A4,
- str. 58-62 części opisowej projektu budowlanego Studia A4,
- str. 149-150 szczegółowego kosztorysu inwestorskiego.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, iż zgodnie z twierdzeniami odwołującego powierzchnie tynkowane stanowią mniejszą część obu elewacji objętych programem prac konserwatorskich. Ponadto zgodnie z opisem oraz kosztorysem inwestorskim, ze względu na stan tynków ich część nie nadaje się do renowacji, ale podlegała będzie pełnej wymianie.

W ramach materiału dowodowego Izba uwzględniła również „Program prac konserwatorskich” (str. 1-10) składający się na dokumentację projektową, w którym opisano zakres prac konserwatorskich. M.in. w rozdz. VI pkt 8 w ramach prac na elewacjach zewnętrznych i wewnętrznych przewidziano wykonanie nowych elementów detalu – gzymsów, listew, obramień otworów wentylacyjnych, pól tynkowych wg oryginalnych wzorów zaprawą wapienno-cementową (cement trasowy), metodą ciągnięcia, renowacja żelaznego zbrojenia pod profile ciągnione i wylewane - (...) - do tynkowania dwuwarstwowe zaprawy systemu Optosan.

Izba uwzględniła załączoną do odpowiedzi na odwołanie decyzję Zachodniopomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 21.08.2010 r. (ZN-4150/150/W/2010 r.) wydanej dla inwestora, Miasta Szczecin. Z treści uzasadnienia decyzji wynika, iż organ wydający zobowiązał inwestora do poinformowania go odrębnym pismem m.in. o nazwisku

osoby pełniącej funkcję kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego, posiadającej uprawnienia budowlane i co najmniej dwuletnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi przy obiektach zabytkowych.

Izba nie wzięła natomiast pod uwagę dowodu – fragment Dziennika Budowy Nr 357/2008 wydanego przez Starostwo w Myśliborzu, przedłożonego przez odwołującego. Założona do wykazania niegdysiejsza praktyka zamawiającego (pośrednio wskazująca na odmiennie formułowane w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia warunki udziału w postępowaniu) nie może przesądzić, czy nawet wpłynąć na ocenę, dopuszczalności czy też bezprawności stawianych obecnie warunków udziału w postępowaniu, które ocenia się w świetle aktualnie obowiązujących przepisów i względem danego przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Następnie w sprawie tzw. podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, ramowy przepis art. 22 ust. 1 ustawy stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2. posiadania wiedzy i doświadczenia;
3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W myśl ust. 4 art. 22 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższych przepisów zamawiający określa i opisuje warunki dotyczące czy mieszczące się zakresie podmiotowych cech wykonawców wskazanych w punktach ust. 1 art. 22, które w ocenie zamawiającego stanowią minimalne wymagania dla wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i tym samym dopuszczonych do ubiegania się o jego uzyskanie. Warunki, których ramy ustalono w ww. przepisie, zamawiający określa zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp (tzw. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków), tj. zachowując ich związek i proporcjonalność z przedmiotem zamówienia. Tylko

warunki postawione w ten sposób mogą być uznane za dopuszczalne w świetle zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Oceniając kwestionowane warunki udziału w postępowaniu Izba uznała, iż wypełniają ww. wymagania. Jak wynika z dowodów przedstawionych przez odwołującego, powierzchnie tynkowane stanowią mniejszą część odnawianych elewacji zabytkowych. Rozmiar powierzchni tynkowanych dla oceny związanego z nimi warunku udziału w postępowaniu nie ma jednak w tym przypadku znaczenia. Bezsporne jest bowiem, iż powierzchnie takie występują oraz zajmują wyraźnie eksponowaną część elewacji, a więc ich wykonanie stanowi część przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiane tynkowanie w tym zakresie wykonywane będzie z zachowaniem wszelkich standardów historyczności związanych z osiągnięciem efektu przywrócenia oryginalnego stanu budynku wpisanego do rejestru zabytków. Prace z tym związane i ich rezultaty podlegały więc będą ocenie konserwatorskiej, co wynika m.in. z przedłożonego programu konserwatorskiego.

Tym samym żądanie wykazania się doświadczeniem w kładzeniu tynków zabytkowych w znaczeniu dosłownym związane jest z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymaga dokładnie doświadczenia, które uprawdopodobnia posiadanie przez wykonawcę umiejętności potrzebnych do wykonania historycznej elewacji tynkowanej i w świetle ww. przepisów uprawniony jest do sprawdzenia takiego specyficznego doświadczenia w wykonywaniu części prac objętych jego przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podnosi natomiast, iż wyżej opisany nominalny związek pomiędzy wymaganym doświadczeniem i przedmiotem zamówienia, nie przekłada się w istocie na rzeczywistość, tzn. nie istnieje żadna realna specyfika kładzenia tynków historycznych w stosunku do tynków zwykłych i tym samym żadne szczególne doświadczenie w tym przedmiocie nie istnieje i tym samym nie ma potrzeby jego żądania.

W tym zakresie Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym ze względu na postulat szybkości i ekonomiki procesowej, wynikająca z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz rozwinięta w art. 190 ust. 1 Pzp zasada rozkładu ciężaru dowodu winna być konsekwentnie egzekwowana wraz z wynikającymi z niej skutkami procesowymi.

Odnosząc powyższe do niniejszych zarzutów dotyczących doświadczenia wykonawcy, wskazać należy, iż żadna ze stron nie udowodniła swoich twierdzeń na temat specyfiki czy porównywalności wykonania zabytkowej elewacji tynkowanej z tynkowaniem standardowym. Obie strony ograniczyły się do wyrażenia swoich opinii i przeciwstawnych stanowisk w tym przedmiocie. Odwołujący twierdził, iż nałożenie historycznej mieszanki tynkarskiej i jej rozproszczenie na powierzchni tynkowanej, a także wykonanie poszczególnych elementów zabytkowej elewacji (np. gzymsy) jest porównywalne z wykonywaniem elewacji niezabytkowych, czemu zamawiający zaprzeczał.

W związku z normą art. 190 ust. 1 Pzp, która stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne oraz normą art. 191 ust. 2 ustawy, według której wydając wyrok, bierze się za podstawę stan

rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba uznała za niepotwierdzony zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 przez sformułowanie wskazanych wymagań względem doświadczenia wykonawcy. Odwołujący nie wykazał okoliczności, na które się powoływał, a które mogłyby mieć wpływ na odmienną ocenę powyższego. Natomiast wbrew sugestiom odwołującego, przepisy ustawy dotyczące warunków udziału w postępowaniu nie ustanawiają żadnego domniemania faktycznego lub prawnego, które na zamawiającego przerzuciłoby ciężar dowodzenia, iż postawione przezeń warunki udziału w postępowaniu są dopuszczalne.

W odniesieniu do drugiego zarzutu odwołania dotyczącego osób jakimi winien dysponować wykonawca, konkretnie wymagań względem kierownika budowy, Izba wskazuje, iż zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. Nr 150, poz. 1579), robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomości mogą kierować osoby, które posiadają odpowiednie uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz odbyły co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomości. Zgodnie z ust. 2 § 8 przepis ust. 1 stosuje się również do wykonywania nadzoru inwestorskiego.

Jak wynika z przywoływanej wyżej decyzji administracyjnej wydanej przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków obowiązkiem zamawiającego było zapewnienie obecności na budowie osoby o stosownym doświadczeniu w kierowaniu robotami budowlanymi przy obiektach zabytkowych. Do wyboru zamawiającego pozostawiono czy powyższy obowiązek zostanie zrealizowany przez zapewnienie inspektora nadzoru inwestorskiego czy kierownika budowy o wskazanych kwalifikacjach i doświadczeniu.

W ramach realizacji ww. obowiązku zamawiający zdecydował o zapewnieniu tego typu kierownika budowy. W związku z czym postawił odnośny warunek udziału w postępowaniu połączony z odpowiednimi postanowieniami umowy (Klauzula 6.9) przenoszącymi osoby wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu do zakresu zobowiązania wykonawcy w przedmiocie sposobu wykonania zamówienia.

Jak wynika z powyższego warunek udziału w postępowaniu w sposób bezpośredni związany jest z przedmiotem zamówienia. Dotyczy również doświadczenia wprost wskazanego w wyżej przywołanych przepisach rozporządzenia Ministra Kultury. Innymi słowy osoba kierownika budowy posiadającego dwuletnie doświadczenie w kierowaniu pracami przy obiektach zabytkowych jest zamawiającemu potrzebna do wykonania zamówienia.

W świetle obowiązujących przepisów Izba nie znajduje podstaw do nakazania zamawiającemu obniżenia wymagań w stosunku do kierownika budowy, jedynie z tego względu, iż osób o kwalifikacjach i doświadczeniu, jak wymagane przez zamawiającego jest niewiele (teza nieudowodniona przez

odwołującego), a ponadto nakazania zapewnienia kierowania robotami zabytkowymi przez dodatkowego kierownika robót posiadającego doświadczenie w tym zakresie, co dodatkowo wiązałoby się z koniecznością zatrudnienia inspektora nadzoru o odpowiednim doświadczeniu w celu realizacji obowiązku wynikającego z ww. decyzji.

Reasumując Izba nie potwierdziła zarzutów naruszenia przepisów ustawy przez sformułowanie powołanych warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Skład orzekający:

.....