

**WYROK**  
z dnia 06 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **06 lutego 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 stycznia 2014 r.** przez wykonawcę **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Żory – Nowe Miasto Sp. z o.o., adres przeprowadzającego postępowanie: Gmina Miejska Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory; adres do korespondencji: Urząd Miasta Żory, Zespół Zamówień Publicznych, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** na rzecz **Gminy Miejskiej Żory – Nowe Miasto Sp. z o.o., adres przeprowadzającego postępowanie: Gmina Miejska Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory; adres do korespondencji: Urząd Miasta Żory, Zespół Zamówień Publicznych, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory** kwotę **4 228 zł 34 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia osiem złotych trzydzieści cztery groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów przejazdu oraz kosztów delegacji pracowników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*zaprojektowanie i wykonanie stałej ekspozycji Muzeum Ognia w Żorach*” nr sprawy: ZP.271.1.1.2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 009-010937 z dnia 14.01.2014 r. przez Gminę Miejską Żory – Nowe Miasto Sp. z o.o., adres przeprowadzającego postępowanie: Gmina Miejska Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory; adres do korespondencji: Urząd Miasta Żory, Zespół Zamówień Publicznych, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory zwaną dalej: „*Zamawiającym*”. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 24.01.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa zwaną dalej: „*QUMAK S.A.*” albo „*Odwołującym*” wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.01.2014 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp, polegające na ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokonaniu opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób nadmiarowy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz do niego nieproporcjonalny poprzez:

a) wymaganie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie ograniczającym krąg podmiotów zdolnych spełnić wymagania Zamawiającego a więc krąg potencjalnych wykonawców.

b) wymaganie dysponowania potencjałem osobowym ograniczającym krąg podmiotów zdolnych spełnić wymagania Zamawiającego, a więc krąg potencjalnych wykonawców.

2. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, a także nałożenie na wykonawcę obowiązków nadmiernych oraz niezgodnych z prawem lub stanowiących jego obejście,

3. naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania. Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

Dokonania zmiany postanowień ogłoszenia, SIWZ i wzoru umowy w następujący sposób:

Zmianę zapisów pkt. III.2.3.) ppkt. 1 ogłoszenia i pkt 5.A.2. SIWZ w brzmieniu:

*„2. Przeprowadzający postępowanie uzna warunek określony w punkcie 5.2) za spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

*a) co najmniej trzy zamówienia polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu stałej multimedialnej ekspozycji obejmującej każdorazowo powierzchnią nie mniejszą niż 300 m<sup>2</sup> (jako wystawę stałą rozumieć należy wystawę o założonym okresie eksploatacji nie krótszym niż 1 rok), o wartości każdego z zamówień nie mniejszej niż 1 600 000,00 zł brutto oraz załączy dowody, czy zostały wykonane należycie;*

*b) co najmniej trzy zamówienia w których zakres wchodziło każdorazowo opracowanie dokumentacji wykonawczej ekspozycji multimedialnej obejmującej każdorazowo powierzchnią nie mniejszą niż 300 m<sup>2</sup>, a wartość każdego z zamówień wyniosła nie mniej niż 120 000,00 zł brutto oraz załączy dowody, czy zostały wykonane należycie;*

*c) co najmniej trzy zamówienia w zakres których wchodziło każdorazowo wykonanie kontentów multimedialnych o łącznej wartości wykonania kontentów multimedialnych nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto; (jako kontent multimedialny rozumie się treści (produkty) multimedialne takie jak: filmy, animacje, prezentacje, nagrania dźwiękowe, aplikacje interaktywne, wraz z oprogramowaniem do ich edycji) oraz załączy dowody, czy zostały wykonane należycie.*

*Jeżeli kwoty w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu podane będą w innej walucie niż PLN, Przeprowadzający postępowanie w celu sprawdzenia spełniania przez Wykonawcę dokona ich przeliczenia PLN według średniego kursu NBP na dzień, w którym ukazało się ogłoszenie o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. ”*

na

*„2. Przeprowadzający postępowanie uzna warunek określony w punkcie 5.2) za spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

*a) co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu stałej multimedialnej ekspozycji obejmującej powierzchnią nie mniejszą niż 300 m<sup>2</sup> (jako wystawę stałą rozumieć należy wystawę o założonym okresie eksploatacji nie krótszym niż 1 rok), o wartości zamówienia nie mniejszej niż 1 600 000,00 zł brutto oraz załączy dowody, czy zostało wykonane należycie;*

*b) co najmniej jedno zamówienie w którego zakres wchodziło każdorazowo opracowanie dokumentacji wykonawczej ekspozycji multimedialnej obejmującej*

powierzchnię nie mniejszą niż 300 m<sup>2</sup>, a wartość zamówienia wyniosła nie mniej niż 120 000,00 zł brutto oraz załączy dowody, czy zostało wykonane należycie;

c) co najmniej jedno zamówienie w zakres którego wchodziło wykonanie kontentów multimedialnych o łącznej wartości wykonania konwentów multimedialnych nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto; (jako kontent multimedialny rozumie się treści (produkty) multimedialne takie jak: filmy, animacje, prezentacje, nagrania dźwiękowe, aplikacje interaktywne, wraz z oprogramowaniem do ich edycji) oraz załączy dowody, czy zostało wykonane należycie. Jeżeli kwoty w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu podane będą w innej walucie niż PLN, Przeprowadzający postępowanie w celu sprawdzenia spełniania przez Wykonawcę dokona ich przeliczenia PLN według średniego kursu NBP na dzień, w którym ukazało się ogłoszenie o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.”

Zmianę zapisów pkt III.2.3.) ppkt. 2 ogłoszenia i pkt 5.A.3. SIWZ w brzmieniu:

„3. Zamawiający uzna warunek określony w punkcie 5.3) za spełniony, jeśli Wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia:

a) Kierownik Realizacji Przedmiotu Umowy: osoba która w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierowniczą w co najmniej dwóch projektach dotyczących stałych multimedialnych ekspozycji przy czym wartość każdego z projektów wynosiła co najmniej 1 600 000,00 zł brutto; ”

na

„3. Zamawiający uzna warunek określony w punkcie 5.3) za spełniony, jeśli Wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

a) Kierownik Realizacji Przedmiotu Umowy: osoba która w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierowniczą w co najmniej jednym projekcie dotyczącym stałej multimedialnej ekspozycji przy czym wartość projektu wynosiła co najmniej 1 600 000,00 zł brutto; ”

Zmianę zapisów § 2 ust. 2 i 3 projektu umowy w brzmieniu:

„2. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu w dniu podpisania niniejszej umowy harmonogramu realizacji zamówienia, który stanowi załącznik nr 3 do niniejszej umowy.

3. Brak przedłożenia harmonogramu w wyznaczonym w ust. 2 terminie stanowi dla Zamawiającego podstawę odstąpienia od niniejszej umowy.”

na

„2. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu w terminie 14 dni od dnia podpisania niniejszej umowy harmonogramu realizacji zamówienia, który stanowi załącznik nr 3 do niniejszej umowy.

3. Zwłoka Wykonawcy w przedłożeniu harmonogramu w wyznaczonym w ust. 2 terminie po

*uprzednim wezwaniu do wywiązania się Wykonawcy tego obowiązku i bezskutecznym upływie dodatkowego terminu na jego spełnienie, stanowi dla Zamawiającego podstawę odstąpienia od niniejszej umowy. ”*

Zmianę zapisów § 5 ust. 7 lit. h) projektu umowy w brzmieniu:

*„h) dostarczania wszystkich materiałów budowlanych i innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia o którym mowa w § 1. Wszelkie zmiany oraz rodzaje i kolorystykę materiałów wykończeniowych Wykonawca uzgadniać będzie każdorazowo z Zamawiającym. ”*

na

*„h) dostarczania wszystkich materiałów budowlanych i innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia o którym mowa w § 1. Wszelkie zmiany oraz rodzaje i kolorystykę materiałów wykończeniowych Wykonawca uzgadniać będzie każdorazowo z Zamawiającym. Zamawiający wyrazi zgodę, odmówi udzielenia zgody bądź wniesie uwagi dotyczące proponowanych materiałów w terminie nie dłuższym niż 5 dni od dnia ich przedłożenia do akceptacji przez Wykonawcę”.*

W zakresie wiedza i doświadczenie (pkt 5.A.2. SIWZ) Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią SIWZ stwierdził, iż Zamawiający stawiając warunki udziału w postępowaniu określił wymagania w sposób zbyt szeroki i ograniczający krąg potencjalnych wykonawców, a nawet (tak jak to się dzieje w przypadku Odwołującego) w sposób uniemożliwiający złożenie oferty. Zamawiający, winien brać również pod uwagę, jakie doświadczenie wykonawcy obecni na rynku w tym zakresie rzeczywiście nabywają i którym następnie mogą się legitymować. Postulat powyższy, co prawda wprost nie wynika z brzmienia przepisu art. 22 ust. 4 Pzp, gdzie zadekretowana została adekwatność warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, jednak może być wyprowadzony z zasad ogólnych Pzp - zwłaszcza wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji. Wymagana w przepisie art. 22 ust. 4 Pzp adekwatność warunków udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia winna być oceniona szerzej - zarówno w kontekście postulowanego wyłonienia wykonawcy, którego doświadczenie jest adekwatne do wymagań, które dany przedmiot zamówienia przed nim postawi, jak też w odniesieniu do postulatu jak najszerszego otwierania zamówienia na konkurencję (zwłaszcza na rynku lokalnym, którego zamówienie dotyczy). Zamawiający w niniejszym postępowaniu wskazał, iż wymaga posiadania doświadczenia w zakresie wykonania aż dziewięciu zamówień, co przy zamówieniu o wartości 3 mln złotych w odniesieniu do innych zamówień tego typu jest nadto wygórowane. Zamówienia w zakresie ekspozycji multimedialnych nie są aż tak popularne jak zamówienia na budowę budynków mieszkalnych czy budynków użyteczności publicznej. W dalszym ciągu w Polsce tego typu zamówienia są pewnego rodzaju novum i od niewielu lat są zlecane do realizacji z większą częstotliwością. Co za tym idzie, wymaganie posiadania doświadczenia

wskazanego przez Zamawiającego w znaczny sposób ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, nie dopuszczając do udziału w zamówieniach podmiotów o mniejszym doświadczeniu, które w sposób równie dobry są w stanie zrealizować zamówienie, co podmioty które być może będą w stanie spełnić wymogi wskazane przez Zamawiającego w pkt 5.A.2. SIWZ. Istotnym jest również to, iż nie ma w Polsce podmiotu, który byłby w stanie samodzielnie spełnić wymogi wskazane przez Zamawiającego w ww. punkcie SIWZ. Aby móc uczestniczyć w postępowaniu niezbędnym staje się użyczenie potencjału podmiotów trzecich. Co za tym idzie - Wykonawca składający ofertę samodzielnie nie jest w stanie spełnić wszystkich wymogów a zatem nie posiada aż tak dużego doświadczenia w samodzielnej realizacji zamówienia, co mogłoby zapewnić Zamawiającemu maksymalne, aczkolwiek nadmiarowe zdaniem Odwołującego bezpieczeństwo. Zauważenia wymaga również to, iż w zakresie pkt 5.A.2.a) i 5.A.2.b) zakres referencji jest bardzo podobny, bowiem w zakresie warunku z lit. a) mówimy o zaprojektowaniu i wykonaniu stałej multimedialnej ekspozycji obejmującej każdorazowo powierzchnię nie mniejszą niż 300 m<sup>2</sup> a w lit. b) mówimy o opracowaniu dokumentacji wykonawczej ekspozycji multimedialnej obejmującej każdorazowo powierzchnię nie mniejszą niż 300 m. Jak łatwo zauważyć w obu przypadkach mamy do czynienia z projektowaniem, co prawda w pierwszym przypadku mówimy o projekcie ogólnie a w drugim o projekcie wykonawczym, jednakże co jest istotne - zaprojektowanie i wykonanie obejmuje swym zakresem sporządzenie projektu wykonawczego - świadczy to o tym, że w zakresie wykonania projektu wykonawczego Zamawiający wymaga posiadania doświadczenia w wykonaniu 6 zamówień.

*Odnośnie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia; (pkt 5.A.3. SIWZ) Podobnie jak i w poprzednim zarzucie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób nadmiarowy wskazał warunek posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż dla poprawnej realizacji przedmiotu zamówienia wystarczy jedno zamówienie. Jeśli jednak Zamawiający uznałby, że jednak niezbędne jest mu posiadanie Kierownika projekty, z doświadczeniem przy dwóch projektach to należałoby wydłużyć okres w jakim takie doświadczenie ma być nabyte. Odwołujący ponownie podkreśla, iż w ciągu 3 ostatnich powstała niewielka ilość stałych multimedialnych ekspozycji realizowanych przez ograniczoną ilość firm, w których funkcję kierownika mogła pełnić przy różnych projektach więcej niż jedna osoba zwłaszcza, jeśli te projekty trwały równolegle - co mogło się zdarzyć zwłaszcza biorąc pod uwagę, że wymóg dotyczy 3 ostatnich lat. Jednocześnie powyższy wymóg nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania nie tylko, że osoba którą dysponuje bądź będzie dysponował, brała udział w realizacji zadania na kwotę 1 600 000 ale i prawdopodobnie wykazania również tego, że osoba ta brała udział w realizacji takiego zadania przechodząc z projektu na projekt bez większej przerwy. Wskazał na wyroki KIO z dnia 20.06.2013 r.,*

sygn. akt: KIO 1279/13, wyrok KIO z dnia 04.03.2013 r., sygn. akt: KIO 384/13 oraz wyrok KIO z dnia 13.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1276/13.

Odnosnie zarzutów dotyczące postanowień wzoru umowy. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają ww. przepisy. Przywołał wyrok KIO z dnia 27.12.2011r., sygn. akt: KIO 2649/11.

Odnosnie - § 2 ust 2 i 3 projektu umowy w brzmieniu:

*„2. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu w dniu podpisania niniejszej umowy harmonogramu realizacji zamówienia, który stanowi załącznik nr 3 do niniejszej umowy.*

*3. Brak przedłożenia harmonogramu w wyznaczonym w ust. 2 terminie stanowi dla Zamawiającego podstawę odstąpienia od niniejszej umowy.”*

Odwołujący wskazał, iż nie jest możliwym dostarczenie harmonogramu w dniu podpisania Umowy. Przemawia za tym kilka argumentów. Po pierwsze Pzp nie precyzuje w czasie wyprzedzenia w zakresie wezwania do podpisania Umowy w sprawie zamówienia publicznego a wskazuje jedynie na najwcześniejszy czas w jakim umowa może zostać zawarta. Co za tym idzie, Zamawiający może poinformować Wykonawcę z jednodniowym wyprzedzeniem o terminie podpisania umowy, w którym to terminie Wykonawca będzie musiał sporządzić harmonogram. Po drugie, ze względu na fakt, że realizacja przedmiotu umowy nastąpi w ramach projektu pn. *„Budowa pawilonu wystawienniczo- promocyjne - Muzeum Ognia z Żorach”* nie jest możliwe przedstawienie pełnego harmonogramu w oderwaniu od prac budowlanych trwających w obiekcie, w którym ma znaleźć się docelowa ekspozycja. Z uwagi na kilkakrotnie przekładany termin zakończenia prac budowlanych Wykonawca nie może mieć pewności, co do zaawansowania prac budowlanych w dniu podpisania umowy z Zamawiającym. Jednocześnie przedstawienie harmonogramu bez wcześniejszych konsultacji z Zamawiającym może skutkować szkodą dla samego Zamawiającego, który pozbawiony jest wpływu na poszczególne etapy realizacji zamówienia. Co za tym idzie Odwołujący za zasadne uznaje zmianę § 2 ust. 2 w sposób następujący: *„2. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu w terminie 14 dni od dnia podpisania niniejszej umowy harmonogramu realizacji zamówienia, który stanowi załącznik nr 3 do niniejszej umowy.”*



Odnosząc się natomiast do § 2 ust. 3, Odwołujący uznaje za zbyt daleko idące uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku niezłożenia harmonogramu w terminie. Znać należy od tego, iż to odstąpienie nie jest uzależnione od zwłoki, a jedynie od niedochowania terminu. Dodatkowo w powiązaniu z uzasadnieniem do ust. 2 zapis w obecnej treści z dużym prawdopodobieństwem może spowodować zaistnienie przesłanki do odstąpienia. Zmiana zapisu w sposób wskazany przez Odwołującego, nie tylko zabezpieczy interesy Odwołującego, ale i również Zamawiającego, bowiem uchroni go przed sytuacją, w której wykonawca wybrany przez Zamawiającego aby uchronić się przed odstąpieniem, złoży do akceptacji harmonogram nierealny i nierzetelny.

Względem - § 5 ust 7 lit. h) projektu umowy w brzmieniu:

*„h) dostarczania wszystkich materiałów budowlanych i innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia o którym mowa w § 1. Wszelkie zmiany oraz rodzaje i kolorystykę materiałów wykończeniowych Wykonawca uzgadniać będzie każdorazowo z Zamawiającym.”*

Odwołujący wnosil o wprowadzenie do powyższego zapisu terminu, w jakim akceptacja materiałów budowlanych ma być udzielona. Brak tego terminu nastęca trudności w ocenie ryzyka i wprowadzeniu odpowiednich terminów w treści harmonogramu, o którym mowa w § 2 ust 2 Projektu Umowy. Brak wskazania terminu dając swobodę Zamawiającemu w jego kształtowaniu zwiększa ryzyko Wykonawcy w zakresie terminowości realizacji Przedmiotu Zamówienia. Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o zmianę zapisu w sposób następujący: *„h) dostarczania wszystkich materiałów budowlanych i innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia o którym mowa w § 1. Wszelkie zmiany oraz rodzaje i kolorystykę materiałów wykończeniowych Wykonawca uzgadniać będzie każdorazowo z Zamawiającym. Zamawiający wyrazi zgodę, odmówi udzielenia zgody bądź wnie sie uwagi dotyczące proponowanych materiałów w terminie nie dłuższym niż 5 dni od dnia ich przedłożenia do akceptacji przez Wykonawcę”.*

Zamawiający w dniu 27.01.2014 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 06.02.2014 r. Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, podczas posiedzenia, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu również podczas posiedzenia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności, Izba podnosi, że Zamawiający wskazywał, że jest spółką komunalną, że 100 % udziałem Gminy Miasto Żory. Nadto, z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem wynika, że przeprowadzającym postępowanie jest Gmina Miasto Żory, z adresem do korespondencji: Urząd Miasto Żory. W konsekwencji, jak i biorąc pod uwagę treść ogłoszenia o zamówieniu – gdzie wprost wskazuje się Gminę Miasto Żory, powyższe w ocenie Izby skutkuje, że Gmina Miasto Żory posiada legitymacje do udziału w postępowaniu jako Zamawiający.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp 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 ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do*

*nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.*" (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, pytań Odwołującego z dnia 30.01.2014 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie, złożonych przez Odwołującego na rozprawie: zestawienia postępowań organizowanych przez Gminę Miasto Żory, SIWZ z postępowania Muzeum Armii Krajowej oraz SIWZ z postępowania Gminy Miasto Gdyni, jak i złożonych przez Zamawiającego na rozprawie: wydruku ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 169-293522 z dnia 31.08.2013 r. w postępowaniu Gminy Świętochłowice, jak i wydruku ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 213-369354 z dnia 02.11.2013 r. w postępowaniu Europejskiego Centrum Solidarności.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie Izba przywołuje analogiczne pkt ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ przywołane przez Odwołującego w odwołaniu, wskazując, że mają one odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp, polegające na ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokonaniu opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób nadmiarowy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz do niego nieproporcjonalny poprzez:

a) wymaganie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie ograniczającym krąg podmiotów zdolnych spełnić wymagania Zamawiającego a więc krąg potencjalnych wykonawców (pkt. III.2.3.) ppkt. 1 ogłoszenia i pkt 5.A.2. SIWZ).

b) wymaganie dysponowania potencjałem osobowym ograniczającym krąg podmiotów zdolnych spełnić wymagania Zamawiającego, a więc krąg potencjalnych wykonawców (pkt III.2.3.) ppkt. 2 ogłoszenia i pkt 5.A.3. SIWZ), Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

W tym zakresie, Izba uznała, że sformułowane przez Zamawiającego wymogi nie mają charakteru nadmiarowego. Nadto, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że sformułowane wymogi nie jest w stanie spełnić żaden Wykonawca, tudzież może je spełnić tylko jeden podmiot. Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że istnieją na rynku 3, 4 firmy, które są w stanie spełnić wymogi Zamawiającego w ich obecnym brzmieniu. Należy także zauważyć, że wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego mają na celu wybranie przez Zamawiającego Wykonawcy, który gwarantuje realizację zamówienia na oczekiwanym poziomie. Wykonawcy, którzy istnieją na danym rynku od niedawna winni „szukać swojej szansy” m.in. w zawiązywaniu konsorcjum. Ze stanowiska Odwołującego z rozprawy wynikało, że właśnie tak czynił w ramach zadania, które ostatecznie realizuje dla Gminy Świętochłowice, tudzież w postępowaniu ogłoszonym dla Europejskiego Centrum Solidarności. (w zakresie tych dwóch zamówień Zamawiający przedstawił dowody w postaci ogłoszeń o zamówieniu z tych postępowań). W ocenie Izby, brak przeszkód, aby uczynił tak także w tym postępowaniu. Przy czym, w ocenie Izby, wymogi sformułowane przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego są adekwatne do przedmiotu zamówienia i porównywalne, co w postępowaniu dla Gminy Świętochłowice (postępowanie o wartości 3,5 mln PLN), choć nie takie same. Jednocześnie, skoro Odwołujący brał udział w postępowaniu o wartości zamówienia 35 mln PLN dla Europejskiego Centrum Solidarności, to niewątpliwie jest w stanie złożyć ofertę także w przedmiotowym postępowaniu o wartości 3 mln PLN. Przy czym decydującą kwestią nie było, czy Odwołujący może wziąć udział w postępowaniu, ale okoliczność przyznana przez Odwołującego, że wymogi Zamawiającego są w stanie spełnić 3,4 firmy. Izba także przypomina, że Zamawiający nie ma obowiązku takiego ukształtowania wymogów, że będą je w stanie spełnić wszyscy istniejący na rynku Wykonawcy. Z tych też względów Izba uznała także że złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody nie mają znaczenia dla przedmiotu sporu wobec okoliczności przyznanych przez Odwołującego na rozprawie oraz dowodów przedłożonych na rozprawie przez Zamawianego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, a także nałożenie na wykonawcę obowiązków nadmiernych oraz niezgodnych z prawem lub stanowiących jego obejście, Izba uznała niniejszy zarzut za chybiony.

Względem wymogu § 2 ust. 2 i 3 projektu umowy, tj. obowiązku złożenia harmonogramu w dniu podpisania umowy oraz możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w sytuacji jego nie przedłożenia w tym terminie. Izba wskazuje, że w tym zakresie Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, tym bardziej w kontekście przewagi Zamawiającego jako autora projektu umowy o gospodarza postępowania. Przy czym, Izba podnosi, że Odwołujący nie udowodnił, że plac budowy jest nieukończony, tudzież będą problemy w ewentualnym uzgodnieniu terminów przedstawionych w harmonogramie. Odnośnie realności terminów harmonogramu, należy zauważyć że we wzorze oferty przedstawione są poszczególne etapy realizacji zamówienia, brak jest również przeszkód dokonania wizji lokalnej celem dostosowania terminów do warunków na placu budowy. Tym bardziej, że prace wykończeniowe wewnątrz budynku są elementem przedmiotu zamówienia. Na marginesie Izba wskazuje, że nikt nie zwalnia Zamawiającego z odpowiedzi na zadane pytania. Jeżeli Zamawiający widzi możliwość wyjścia na przeciw obawom Wykonawców w tym trybie, ma szanse na zaproponowanie rozwiązania kompromisowego. Przy czym, Izba nie uznała zarzutu, gdyż Odwołujący nie wykazał w żaden sposób braku możliwości przedłożenia harmonogramu w wyznaczonym terminie, tym bardziej, że tego typu praktyka jest dość częsta w zamówienia np. na roboty budowlane, które także wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia (roboty wykończeniowe).

Względem wymogu § 5 ust 7 lit. h) projektu umowy, czyli ostatniej spornej kwestii, Izba wskazuje, że sam Odwołujący wskazała, że przepisy KC nakładają na Zamawiającego obowiązek współpracy przy realizacji zamówienia. Przy czym, należy zgodzić się również, że stanowiskiem Odwołującego, że w żadnym wypadku nie przerzucił odpowiedzialności za materiały wykorzystane w toku realizacji zamówienia na Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut w tym zakresie należy oddalić, wobec pozycji Zamawiającego w postępowaniu, jak i stanowiska Zamawiającego, że zależy mu na szybkim i sprawnym zrealizowaniu zamówienia. Na rozprawie podawał termin 200 dni, których przekroczenie wiązałoby się z utratą dofinansowania ze środków unijnych, w konsekwencji w nie leży w jego interesie zbędne przedłużanie realizacji zamówienia. Przy czym Izba podkreśla, że nikt nie zwalnia Zamawiającego z odpowiedzi na zadane pytania. Jeżeli Zamawiający widzi możliwość wyjścia na przeciw obawom Wykonawców w tym trybie, ma szanse na zaproponowanie rozwiązania kompromisowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz kosztów przejazdu (568,34 zł) oraz kosztów delegacji pracowników (60,00 zł).

**Przewodniczący :**

.....