

POSTANOWIENIE
z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 marca 2011 r. przez **Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego: **Stadion w Zabrze Sp. z o.o., ul. Roosevelta 81, 41-800 Zabrze.**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W związku z powyższym Izba ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) oraz przepisy 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).

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wybór generalnego wykonawcy dla zadania: *Modernizacja Stadionu im. Ernesta Pohla w Zabrze-etap I*”, prowadzonym przez Stadion w Zabrzu Sp. z o.o., ul. Roosevelta 81, 41-800 Zabrze (dalej: „Zamawiającym”).

Odwołujący – Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 25 marca 2011 r., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na zapisy ogłoszenia oraz SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 150 ust. 2 Ustawy i § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania zmiany sekcji III.2.3 pkt 2 ii ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie słów „(...) telekomunikacyjnych (jak w IK)”;
- 2) dokonania zmiany pkt 10.2 lit. e ii SIWZ poprzez wykreślenie słów: „(...) telekomunikacyjnych (jak w IK)”;

Sygn. akt KIO 626/11

- 3) wykreślenia pkt 11.4.4 SIWZ;
- 4) wykreślenia pkt 18.7 SIWZ oraz wykreślenia załącznika nr 6 do SIWZ;
- 5) wykreślenia § 3 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający stawiając wymagania w odniesieniu do dysponowania przez wykonawców osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sekcji III.2.3 pkt 2 ii ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 10.2 lit. e ii SIWZ wymaga, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykazali, że dysponują lub będą dysponowali osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi wyższe wykształcenie i kwalifikacje zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia oraz przynależą do OIIB - wymienione osoby pełnić będą funkcje kierowników robót i kierownika budowy i muszą posiadać uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z art. 12, ust. 1, pkt 2 ustawy Prawo budowlane o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, telekomunikacyjnych (jak w IK) oraz elektroenergetycznych bez ograniczeń (Kierownik robót elektrycznych). Odwołujący zauważył, iż w myśl art. 14 ust. 1 pkt 2e i 5 ustawy Prawo budowlane uprawnienia budowlane nadawane są w specjalnościach odpowiednio telekomunikacyjnej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Z kolei stosownie do § 22 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 83 poz. 578 ze zm.) uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Natomiast zgodnie z § 24 ust. 1 cyt. rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne, w tym kolejowe, trolejbusowe i tramwajowe sieci trakcyjne wraz z urządzeniami do zasilania i sterowania. Oznacza to, według Odwołującego, że w odniesieniu do osoby przedstawionej do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych Zamawiający wymaga dysponowania przez wykonawców osobą, która będzie posiadała uprawnienia budowlane nie tylko w specjalności objętej zakresem kierowanych przez nią robót, ale

Sygn. akt KIO 626/11

również w odmiennej specjalności, tj. specjalności telekomunikacyjnej. Dlatego w ocenie Odwołującego się Zamawiający w istotny sposób ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami, bowiem stawiając nieuzasadnione wymagania może pozbawić możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców, którzy byłoby w stanie należycie zrealizować zamówienie. Według Odwołującego jako formę dyskryminacji pośredniej, przyjmuje się ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczających krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W związku z tym, że wymagania Zamawiającego w zakresie osób przedstawionych do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, jakimi powinien legitymować się wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia są, według Odwołującego nadmiernie wygórowane. Wymagając, aby osoba przedstawiona przez wykonawców do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych legitymowała się uprawnieniami budowlanymi z innej dziedziny, a mianowicie telekomunikacji, według Odwołującego Zamawiający doprowadza do istotnego ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia i stawia w uprzywilejowanej sytuacji niektórych z nich. Za postawieniem takiego wymogu nie stoi bowiem specyfika przedmiotu zamówienia. W związku z tym specyfika przedmiotu zamówienia nie powoduje konieczności posiadania przez kierownika robót elektrycznych uprawnień budowlanych z zakresu telekomunikacji. W pkt 11.4.4 SIWZ Zamawiający podał, iż w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, żąda listy zaproponowanych materiałów i urządzeń zamiennych w stosunku do przyjętych w projekcie z podaniem ich nazw i parametrów oraz zgody projektanta na ich zastosowanie. Tymczasem dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817). Odwołujący podkreślił, że żaden z przepisów powyższego rozporządzenia nie przewiduje możliwości żądania przez Zamawiającego od wykonawców listy zaproponowanych materiałów i urządzeń zamiennych w stosunku do przyjętych w projekcie, a także zgody projektanta na ich zastosowanie. W konsekwencji, według Odwołującego brak jest podstaw do żądania przez Zamawiającego wyżej wskazanych dokumentów. Ponadto stosownie do art. 30 ust. 5 Ustawy wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Jednakże obowiązek ten wiąże się z udokumentowaniem, że równoważne roboty budowlane czy materiały posiadają parametry nie gorsze, niż roboty

Sygn. akt KIO 626/11

(materiały) pierwotnie określone przez Zamawiającego. Dlatego niedopuszczalne jest, według Odwołującego nakładanie przez Zamawiającego obowiązku uzyskania zgody osoby trzeciej na zastosowanie robót równoważnych. W pkt 18.7 SIWZ Zamawiający wskazał, że przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego i miesięcznego harmonogramu rzeczowo finansowego należy uwzględnić procentowy podział ceny na elementy scalone (wartości robót branżowych) podany w załączonej tabeli. Zamawiający dopuszcza jedynie odchyłki +/- 2% od wartości podanych w tabeli, a zaproponowanie cen z większymi odchyłkami spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania. Jednocześnie w § 17 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy. Według Odwołującego każdy podmiot funkcjonujący od wielu lat w obrocie gospodarczym w toku swojej działalności prowadzi negocjacje z różnymi podmiotami i może uzyskiwać ceny zarówno materiałów i usług, jak również urzędzeń niższe od rynkowych. Jest to także wynikiem posiadanej renomy, zwłaszcza w zakresie rzetelnego wywiązywania się z zobowiązań umownych. Co za tym idzie na cenę zawartą w ofercie wykonawców mają wpływ różne składniki, takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, a w szczególności posiadane doświadczenie przekładające się na optymalizację kosztów realizacji przedmiotu zamówienia czy upusty osiągane od dostawców czy podwykonawców. Dlatego wykonawca, który jest w stanie zrealizować pewne elementy przedmiotu zamówienia za niższą cenę, będzie zmuszony sztucznie podwyższyć ich wysokość, albo wykonać pozostałą część zamówienia poniżej rzeczywistych kosztów. Dlatego też Odwołujący podkreślił, że powyższe rozwiązanie w istocie w rażący sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Obliczając cenę zawartą w ofercie wykonawca, który jest w stanie wykonać część elementów za cenę niższą niż jego konkurenci, będzie musiał podnieść ich cenę wyłącznie po to, aby sprostać procentowym wymogom w stosunku do poszczególnych elementów robót. Stosownie do art. 147 ust. 1 i 2 Ustawy Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przy czym zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 150 ust. 1 Ustawy wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Z kolei w myśl art. 150 ust. 2 Ustawy zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Tym samym wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w żadnym przypadku nie może przekroczyć wyżej wskazanych wartości.

Sygn. akt KIO 626/11

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na 10% całkowitego wynagrodzenia brutto, przy czym stosownie do § 3 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, w przypadku gdy Zamawiający zrealizuje roszczenie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wykonawca zobowiązany jest do natychmiastowego uzupełnienia kwoty do wyżej podanej wartości. Oznacza to, że Zamawiający wprowadził wartość zabezpieczenia wyższą niż wskazana w ustawie, gdyż w przypadku zrealizowania roszczenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy jego wartość przekroczy maksymalny limit określony w Ustawie.

Mając powyższe na względzie Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 marca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 51-083357.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 28 marca 2011 r. wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zamieszczając kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w dniu 29 marca 2011 r. uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości oraz postanowił zgodzić się z zarzutami Odwołującego oraz uczyni zadość w całości żądaniom Odwołującego stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty i istnieją podstawy do umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, wobec dokonanych przez Izbę ustaleń, że:

Sygn. akt KIO 626/11

1. Zamawiający przed otwarciem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz oświadczył, iż uczyni zadość żądaniu Odwołującego,
2. po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca

Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 5 ust. 1 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) jednocześnie orzekając w tym zakresie o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....