

Sygn. akt KIO/UZP 561/08

WYROK
z dnia 23 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Dan Pol" M. Piechota Sp. J., Tychy, ul. Murarska 28** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, Świętochłowice, ul. Katowicka 54** protestu z dnia 21 maja 2008 roku.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, Świętochłowice, ul. Katowicka 54** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **"Dan Pol" M. Piechota Sp. J., Tychy, ul. Murarska 28,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, Świętochłowice, ul. Katowicka 54** na rzecz **"Dan Pol" M. Piechota Sp. J., Tychy, ul. Murarska 28,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Dan Pol" M. Piechota Sp. J., Tychy, ul. Murarska 28.**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Świętochłowice zamierza udzielić w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na wykonanie termomodernizacji budynku Zespołu Szkół Ogólnokształcących nr 1 przy ul. Licealnej 1 w Świętochłowicach. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.05.2008 roku pod numerem 104091-2008. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w tej samej dacie.

Wobec ich treści „DAN POL” M.Piechota Sp. j. pismem z dnia 21.05.2008 roku (data otrzymania przez Zamawiającego 23.05.2008 roku) wniósł protest. Protestujący zarzucił Zamawiającemu, że sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz

wykluczający z postępowania wykonawców dających gwarancję należytego wykonania zamówienia. Podnosząc zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) wniósł o modyfikację treści siwz w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji a z uwagi na treść art. 38 ust. 5 Pzp Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania.

Zamawiający w dniu 27.05.2008 roku poinformował o wniesieniu protestu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił w dniu 28.05.2008 roku Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe PERFEKT Mirosław Serkies z siedzibą w Świętochłowicach opowiadając się po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji, gdyż Przystępujący jest firmą specjalizującą się w termomodernizacjach budynków wraz z montażem kolektorów i zna co najmniej 3 inne firmy działające na terenie województwa spełniające warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 2.06.2008 roku oddalając go. Zamawiający wskazał na czynności składające się na przedmiot zamówienia oraz treść rozdziału 9 siwz „Opis warunków (podmiotowych i przedmiotowych) udziału w postępowaniu i opis dokonywania oceny spełniania tych warunków”. Z treści protestu wywiódł, że zastrzeżenia Protestującego budzi włączenie zakres wykazywanego doświadczenia montażu instalacji systemu użytkowego wykorzystania energii słonecznej, składającej się z kolektorów słonecznych w ilości nie mniejszej niż 30 sztuk.

Zamawiający podniósł, że formułując sporny warunek uwzględnił zalecenia doktryny i orzecznictwo sądów powszechnych. W oparciu o zaprezentowane w nich stanowiska Zamawiający uznał, że postawione przez niego warunki są związane z przedmiotem zamówienia, gdyż montaż kolektorów jest ściśle związany z przedmiotem zamówienia (w uzasadnieniu Zamawiający zamieścił wskazania wynikające z dokumentacji technicznej, co do sposobu realizacji prac budowlanych i termomodernizacyjnych w obszarze dachu) oraz nie są wygórowane i nadmierne, gdyż zażądał jednej referencji w odniesieniu do ilości kolektorów mniejszej niż przewidziana w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, że nie sformułował warunków udziału w postępowaniu w sposób wskazujący na jednego wykonawcę, gdyż w poprzednio prowadzonym przez niego postępowaniu dotyczącym termomodernizacji przy podobnie ukształtowanych warunkach udziału w postępowaniu, o udzielenie zamówienia ubiegało się trzech wykonawców. Zamawiający stwierdził, że sporny warunek udziału w postępowaniu jest uzasadniony obiektywnym i usprawiedliwionym interesem Zamawiającego.

W dniu 6.06.2008 roku za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego „DAN POL” M. Piechota Sp. j. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z zachowaniem wymogu jednoczesności przekazania jego kopii Zamawiającemu. Odwołujący się wskazał, że jego interes prawny doznał uszczerbku, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt, 2 art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp nie może on wziąć udziału w postępowaniu i uzyskać zamówienia.

Odwołujący się podtrzymał zarzuty i żądania protestu, wnosząc dodatkowo o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania. Odwołujący się wskazał, że podnoszony przez niego zarzut nie dotyczy zakresu (rodzaju) robót, jakich żądał Zamawiający na potwierdzenie posiadania doświadczenia, ale sposób opisu warunku udziału w postępowaniu. Roboty w zakresie wymaganym przez Zamawiającego nie są powiązane technologicznie, a będące przedmiotem zamówienia prace budowlane (ocieplenie ścian, ocieplenie dachu, wymiana stolarki okiennej), prace instalacyjne (wymiana instalacji c.o.) oraz montaż kolektorów słonecznych, można wykonywać osobno, gdyż nie występują w tzw. ciągu technologicznym. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się załączył do odwołania ogłoszenia o zamówieniach, których przedmiotem były odrębnie instalacja c.o., termomodernizacja elewacji, wymiana okien. Odwołujący się podniósł, że wymaganie przez Zamawiającego wykonania wszystkich wskazanych robót na jednym budynku w ramach jednej roboty budowlanej narusza uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom, którzy mają doświadczenie w wykonywaniu wszystkich wskazanych przez Zamawiającego robót, jednak nie wykonali ich łącznie na jednym budynku i w ramach jednej roboty budowlanej. Ponadto Odwołujący się wskazał, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu przez konsorcja, gdzie jeden z wykonawców specjalizuje się w dociepleniach budynku, a drugi w instalacji kolektorów słonecznych. Przywołując stanowisko doktryny i orzecznictwa Odwołujący się wywiódł, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu stawia w uprzywilejowanej pozycji wybranych wykonawców (tu wskazał Przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu kwestionując jednocześnie jego interes prawny w utrzymaniu zapisów siwz) i uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, co uzasadnia wniesienie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 6.06.2008 roku wezwał Przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, siwz, dokumentów zgłoszonych jako dowody rozprawy oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie. W oparciu o powyższe Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Podstawą faktyczną sporu jest treść Rozdziału 9 siwz. Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówieniu mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają doświadczenie w zakresie robót remontowych obejmujących, termomodernizację budynku w zakresie ocieplenia ścian, docieplenia dachu, wymiany stolarki okiennej, wymiany instalacji c.o., montażu instalacji systemu użytkowego wykorzystania energii słonecznej składającego się z kolektorów słonecznych w ilości nie mniejszej niż 30sztuk, potwierdzone co najmniej jednym dokumentem (referencją) wystawionym przez inwestora o wartości nie mniejszej niż wartość składanej oferty brutto (pkt V). Spełnienie powyższego warunku nastąpi na podstawie wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat, przed dniem wszczęcia postępowania robót budowlanych (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż pięć lat, to za okres obejmujący okres prowadzenia działalności) odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. termomodernizacją budynku w zakresie ocieplenia ścian, docieplenia dachu, wymiany stolarki okiennej, wymiany instalacji c.o., montażu instalacji systemu użytkowego wykorzystania energii słonecznej składającego się z kolektorów słonecznych w ilości nie mniejszej niż 30 sztuk i dokumentów (referencji) potwierdzających, że roboty budowlane wskazane w wykazie zostały należycie wykonane. Dokumenty (referencje) wystawione przez inwestora mają potwierdzać należyte wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej wykonanej na jednym obiekcie, gdzie łącznie wykonano roboty związane z termomodernizacją budynku w zakresie ocieplenia ścian, docieplenia dachu, wymiany stolarki okiennej, wymiany instalacji c.o., montażu instalacji systemu użytkowego wykorzystania energii słonecznej składającego się z kolektorów słonecznych w ilości nie mniejszej niż 30 sztuk, o wartości nie mniejszej niż wartość składanej oferty brutto (pkt 4 i 5).

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego”. § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605) mówi o robotach budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Możliwość konkretyzacji przez Zamawiającego przywołanego wyżej przepisu rozporządzenia jest niekwestionowana przez Odwołującego się. Okolicznością sporną

między stronami jest, czy wymaganie łącznego wykonania wszystkich prac przewidzianych przez Zamawiającego (prac termomodernizacyjnych i montażu kolektorów słonecznych) na jednym obiekcie budowlanym i stanowiących jedną robotę budowlaną i odmowa uznania doświadczenia wykonawców, którzy wykonywali wszystkie wymagane prace, ale w odniesieniu do kilku robót budowlanych, nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

Celem procedury zamówień publicznych jest wyłonienie wykonawcy, który w postępowaniu złoży najkorzystniejszą ofertę i jest zdolny do wykonania zamówienia. Realizacji tego celu służy możliwość ustalenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający precyzując normę o charakterze blankietowym zawartą w art. 22 ust. 1 Pzp wskazuje, jakie warunki uzna za wystarczające dla zapewnienia wykonania zamówienia z należytą starannością. W celu weryfikacji spełniania ustalonych przez siebie warunków Zamawiający żąda oświadczeń i dokumentów na ich potwierdzenie. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą naruszać zasady równości i uczciwej konkurencji. Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji Zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy). Ugruntowana linia orzecznicza wskazuje, że sama okoliczność, że Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub spełnia go ograniczona ilość wykonawców nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, w szczególności w sytuacji gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami, które mogą nie zostać zaspokojone przy innym sformułowaniu wymagań.

Izba stwierdza, że przy ustanowieniu warunku udziału w postępowaniu stanowiącego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zostały naruszone przez opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 Pzp. Wymagania Zamawiającego nie znalazły oparcia w okolicznościach sprawy.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest termomodernizacja budynku Zespołu Szkół Ogólnokształcących Nr I w Świętochłowicach przy ul. Licealnej polegająca na wykonaniu na tym obiekcie wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, dociepleniu ścian elewacyjnych,

wykonaniu instalacji solarnej wraz z konstrukcją wsporczą oraz dostawą i montażem solarów, dociepleniu stropu i pokryciu dachu papą termozgrzewalną, wymiany grzejników c.o., wymiany pionów i poziomów instalacji c.o., modernizacji instalacji c.w.u., modernizacji wentylacji. Zamawiający nie uzasadnił przyczyn, dla których wybrał w celu wykazania doświadczenia roboty remontowe obejmujące termomodernizację budynku w zakresie ocieplenia ścian, docieplenia dachu, wymiany stolarki okiennej, wymiany instalacji c.o., montażu instalacji systemu użytkowego wykorzystania energii słonecznej składającego się z kolektorów słonecznych w ilości nie mniejszej niż 30 sztuk.

Warunek wykazania doświadczenia zarówno w pracach termomodernizacyjnych dotyczących dachu i elewacji oraz montażu kolektorów słonecznych jest zdaniem Izby adekwatny do przedmiotu zamówienia, jednak możliwość wykazania doświadczenia wyłącznie poprzez łączne wykonanie wszystkich wymaganych robót jest w ocenie Izby wymaganiem nadmiernym i godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Izba stwierdza, że brak jest obiektywnego uzasadnienia dla takiego wymagania Zamawiającego. Z dokumentów złożonych na rozprawie przez Zamawiającego nie wynika, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia przez wykonawcę, który wymagane prace realizował na kilku obiektach, nie zostało wykazane, że nie jest możliwe zaspokojenie potrzeb Zamawiającego przez takich wykonawców. Skoro montaż kolektorów słonecznych może być wykonany zarówno łącznie, jak i niezależnie, co zostało udowodnione przez Odwołującego się na rozprawie, to brak jest uzasadnienia dla eliminacji z postępowania wykonawców, którzy wykonali wszystkie prace z należytą starannością tylko z tego powodu, że nie wykonali ich na podstawie jednej umowy w odniesieniu do jednego obiektu. Realizacja robót budowlanych o wymaganym przez Zamawiającego zakresie i wartości na podstawie kilku stosunków cywilno-prawnych nie skutkuje brakiem wymaganego doświadczenia. Skoro wszystkie kolejno zawierane umowy były realizowane z należytą starannością i zawierały prace wymagane przez Zamawiającego, co potwierdzone zostało w referencjach, to nie ma podstaw do przyjęcia, że przy ich realizacji nie nabył wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

W badanym postępowaniu Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, iż roboty budowlane pozwalające na uznanie, iż wykonawca posiada niezbędne doświadczenie powinny być wykonane na podstawie jednej umowy z powodu wystąpienia z wnioskiem do Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska o dofinansowanie inwestycji. Pismo z dnia 18.06.2008 roku podpisane przez p.o. Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów Zamawiającego nie zawiera żadnych stwierdzeń mogących stanowić argument na poparcie tezy, że jedynie przy spełnieniu aktualnych wymagań Zamawiającego możliwe jest zrealizowanie inwestycji finansowanej przez WFOŚ.

Bezsporna jest okoliczność, że zamówienia o podobnym charakterze nie są udzielane często. Zamawiający nie udowodnił, że jego wymagania są uzasadnione i nie naruszają konkurencji. Przeciwnie, ze złożonych przez niego na rozprawie materiałów w postaci wydruków ze stron internetowych wynika, że żadna z wykazanych tam realizacji nie spełniałby jego wymagań w badanym postępowaniu. Zatem Zamawiający nie udowodnił istnienia realnej konkurencji tj. istnienia wykonawców spełniających ustanowione przez niego wymagania. Twierdzenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz przedstawione na rozprawie pozostały bez dowodu.

Istotne jest również, że Zamawiający dokonując opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu uniemożliwił udział w postępowaniu wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia (Konsorcja). Zasadą wynikającą z art. 23 Pzp jest możliwość uzyskania zamówienia przez podmioty, które oddzielnie nie spełniałyby warunków udziału w postępowaniu, a umożliwia im to połączenia potencjałów, np. w zakresie doświadczenia. Konsorcja nie posiadają, co do zasady określonej formy prawnej i są inicjatywą powoływana *ad hoc* do celów konkretnego postępowania. Zamawiający w badanym postępowaniu taką możliwość wyeliminował, czym nie tylko naruszył art. 23 oraz art. 22 ust. 2 Pzp ale też opisał sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób rażąco sprzeczny z art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba za przekonującą i spójną uznała argumentację Odwołującego się przedstawioną w proteście i odwołaniu i rozszerzoną na rozprawie.

Udzielanie zamówień w warunkach możliwe najszerzej konkurencji jest nie tylko realizacją postulatów wynikających z prawa wspólnotowego i krajowego. Jest to podyktowane również godnym ochroną interesem Zamawiającego. W warunkach ograniczonej konkurencji poziom cen z reguły jest wyższy, a w sytuacji, gdy istnieje potencjalna możliwość braku konkurencji przy udzielaniu zamówienia Zamawiający zdaje się na cenę oferty, która może być skalkulowana w oderwaniu od realiów rynkowych i przez to wygórowana. Skoro Zamawiający wydatkuje środki publiczne, to dążąc do zapewnienia szerokiej konkurencji nie tylko postępuje zgodnie ze swoim interesem ekonomicznym ale też realizuje postulat zawarty w ustawie o finansach publicznych wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny.

Orzeczenia przytoczone przez Zamawiającego zapadały w innych stanach faktycznych oraz dotyczyły sytuacji, gdzie Zamawiający uzasadnił konieczność takiego zredagowania kwestionowanych postanowień. Zatem mimo, że Izba zgadza się z zawartymi w nich tezami, nie mogą one znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie.

Izba stwierdza, że nieuzasadnione jest wymaganie Zamawiającego dotyczące wykazania wymaganego doświadczenia na podstawie jednej roboty budowlanej w odniesieniu do jednego obiektu oraz wymaganie łącznego wykonania na nim wszystkich wskazanych robót. Powoduje to, że warunek postawiony w Rozdziale 9 pkt V siwz jest nadmierny i wygórowany, a w konsekwencji nieadekwatny w stosunku do roboty budowlanej jaką zamierza zlecić Zamawiający.

Modyfikacja siwz w części dotyczącej opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu nie jest możliwa z uwagi na treść art. 38 ust. 5 Pzp. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji przy formułowaniu tej części siwz jest wadą postępowania tkwiącą w nim od początku, która nie może być konwalidowana. Wada polegająca na naruszeniu przepisów Pzp przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu powoduje, że nie może być zawarta ważna umowa w sprawie zamówienia publicznego, gdyż najkorzystniejsza oferta zostałaby wybrana z naruszeniem przepisów Pzp Powyższe skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasądzając kosztów pełnomocnika z uwagi na brak przedłożenia rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*