

Sygn. akt: KIO 832/12

POSTANOWIENIE
z dnia 7 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 maja 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2012 r. przez **wykonawcę Samson spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedomicach, ul. Fabryczna 9** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Zakliczyn z siedzibą w Zakliczynie, Rynek 32**

postanawia :

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcę Samson spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedomicach, ul. Fabryczna 9 tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Utworzenie Zakliczyńskiej Strefy Aktywności Gospodarczej zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Zakliczyn Rynek 32 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowanym w dniu 20 kwietnia 2012r. za numerem 2012-127704. W tym dniu została opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) na stronie zamawiającego tj. www.zakliczyn.pl

W dniu 25 kwietnia 2012r. drogą elektroniczną do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie zostało wniesione odwołanie przez SAMSON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedomicach, ul. Fabryczna 9. Odwołujący wniósł odwołanie wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału zarzucając zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania i zasadę uczciwej konkurencji w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. –dalej ustawy), art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dopuszczenie możliwości udzielenia zamówienia udziału wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, dyskryminowanie wykonawców spełniających warunki posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, określenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, w sposób nieprecyzyjny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 4 ustawy. Wskazał, że działanie zamawiającego narusza jego interes, bowiem sformułowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z ustawą, prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, przez co może pozbawić odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż w przypadku niedokonania zmian opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący może utracić możliwość występowania w postępowaniu jako wykonawca nie podlegający odrzuceniu, i możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu. Nieuwzględnienie podniesionych zarzutów naruszenia naraża odwołującego na uszczerbek w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia. Wskazał, że na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków służy uprawnienie do wniesienia odwołania. Wniósł o nakazanie zamawiającemu: zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę rozdziału 18 pkt B siwz i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu pkt. 13 z treści: „B. Posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub

przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia: a/ w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia - Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się co najmniej 2 robotami w zakresie projektowania i 2 w zakresie robót budowlanych - wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia t.j. wykonanie dokumentacji projektowych o podobnym lub tożsamym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich wartości łącznej nie mniejszej niż 200 000,00 PLN przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. -wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia t.j. wykonanie robót budowlanych / tożsamych z przedmiotem zamówienia lub o podobnym charakterze / w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert ,a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości łącznej nie mniejszej niż 2.000.000,00 PLN, daty i miejsca wykonania. Do wykazu należy dołączyć dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone." na treść: „B. Posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia: a/ w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia - Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się co najmniej 1 robotą w zakresie projektowania i co najmniej 1 w zakresie robót budowlanych -wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia t.j. wykonanie dokumentacji projektowych obejmujących m.in. drogę, parking, chodnik, kanalizację sanitarną i deszczową, wodociąg (przyłącze), gazociąg (przyłącze), linie energetyczne (przyłącze - WLZ wraz ze złączem kablowym) i telekomunikacyjne (przyłącze), ogrodzenie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich wartości łącznej nie mniejszej niż 200 000,00 PLN przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. - wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia t.j. wykonanie robót budowlanych obejmujących m.in. drogę wraz z oświetleniem, parking, chodnik, kanalizację sanitarną i deszczową, wodociąg (przyłącze), gazociąg (przyłącze), linie energetyczne (przyłącze - WLZ wraz ze złączem kablowym) i telekomunikacyjne (przyłącze), ogrodzenie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert ,a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości łącznej nie mniejszej niż 2.000.000,00 PLN, daty i miejsca wykonania. Do wykazu należy dołączyć dokument

potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone."

W uzasadnieniu wskazał na treść przepisów wskazanych jako podstawy prawne zarzutów. Powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), co do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i jego adekwatności do przedmiotu zamówienia tj. wyrok KIO z dnia 24 września 2010r., sygn. akt KIO 1947/10, wyrok KIO z dnia 12 września 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1612/10 i 1627/10, wyrok KIO z dnia 11 maja 2010r. sygn. akt KIO/UZP 744/10, wyrok KIO z dnia 30 marca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 272/10, wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 679/09 z dnia 8 czerwca 2009r. W ocenie odwołującego wymagania w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia są nadmiernie wygórowane. Zamawiający oczekuje wykazania się przez wykonawców zaprojektowaniem i wykonaniem 2 obiektów podobnych lub tożsamyh do przedmiotu zamówienia. Według odwołującego, że brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca który wykonał już jedną inwestycję o skali trudności porównywalnej z przedmiotową inwestycją i do niej podobną nie jest w stanie należycie wykonać przedmiotu zamówienia. Dlatego żądanie Zamawiającego w zakresie wykazania się przez wykonawców dwoma takimi inwestycjami, w ocenie odwołującego nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia. Tym bardziej jest to dla odwołującego niezrozumiałe, w sytuacji jeśli wykonawca wykonał robotę 1 robotę przewyższającą wartością i stopniem skomplikowania obiekt mający być przedmiotem inwestycji. Według odwołującego, wymóg wykonania jeszcze jednego takiego obiektu nie świadczy o zdolności wykonawcy do należytego wykonania inwestycji, tylko zmierza do ograniczenia konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia. Podobnie określenia „o tożsamym charakterze " i „podobnym charakterze" są pojęciami niedookreślonymi, które nie są sparametryzowane i w których brak cech charakterystycznych dla precyzyjnego języka technicznego. Podał definicję językową słowa „podobny" według Słownika PWN. Podniósł, że zamawiający nie określił, jakie są kryteria „podobności", i na jakim etapie postępowania zamawiający będzie decydował, co jest podobne. Wykonawca przed złożeniem oferty winien mieć pewność czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, i czy trud włożony w przygotowanie oferty nie jest zmarnowany. W ocenie odwołującego, zamawiający powinien sparametryzować pojęcie podobności, poprzez wskazanie konkretne, wymierne parametry, które musi spełnić wykonawca by wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia. W podobny sposób odwołujący odniósł się do pojęcia „tożsamy" definiując je wg. słownika PWN. Wskazał, że bardzo rzadko zdarzają się dwie identyczne budowle, ponieważ nawet jeśli projekt budowlany jest taki sam, to inne są warunki geotechniczne, teren budowy, geologia itp. Więc wymóg wybudowania „niczym się nieróżniącego się" obiektu, bez określenia parametrów, w których ten obiekt nie będzie się różnił, według odwołującego de facto ogranicza uczciwą konkurencję i dyskryminuje

wykonawców którzy posiadają wiedzę i doświadczenie przy projektowaniu i budowie obiektów innych, ale o równym lub większym stopniu skomplikowania. A także pozostawia niedopuszczalną uznaniowość zamawiającego na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ofert. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym złożonym w okresie ważności certyfikatu przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu faksem w dniu 25 kwietnia 2012r. i w tym samym dniu nadane do zamawiającego listem poleconym.

W dniu 30 kwietnia 2012r. zamawiający zamieścił odwołanie na swojej stronie internetowej, gdyż jak wynika z oświadczenia zamawiającego, do tego dnia nikt nie pobrał siwz.

W dniu 2 maja 2012r. zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu i zmodyfikował treść postanowień siwz w ten sposób, że w rozdziale 18 lit. B w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia punktowi temu nadał nowe brzmienie :

a) „w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia – Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się **co najmniej 1 robotą w zakresie projektowania i 1 w zakresie robót budowlanych**

- **wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia t.j.** wykonanie dokumentacji projektowych (projekt sieci kanalizacji sanitarnej, sieci gazowej, sieci telekomunikacyjnej, sieci wodociągowej, projekt instalacji średniego i niskiego napięcia, projekt budowy dróg i chodników wraz z oświetleniem ulicznym i system kanalizacji deszczowej, projekt ogrodzenia) o podobnym lub tożsamym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości łącznej nie mniejszej niż 200 000,00 PLN przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie.

- wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia t.j. wykonanie robót budowlanych obejmujących (sieć kanalizacji sanitarnej, sieci gazowej, sieci telekomunikacyjnej, sieci wodociągowej, instalacji średniego i niskiego napięcia, budowę dróg i chodników wraz z oświetleniem ulicznym i systemem kanalizacji deszczowej, ogrodzenia) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy 0 w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości łącznej nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN, daty i miejsca wykonania. Do wykazu należy dołączyć dokument potwierdzający, że

roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

Jednocześnie zamawiający postanowił wydłużyć termin składania ofert do dnia 14 maja 2012r. Pismo zostało podpisane przez Burmistrza Miasta i Gminy.

Do dnia 4 maja 2012r. nie nastąpiły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący