

Sygn. akt: KIO 208/10

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 marca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 4 lutego 2010 r. wniesionego przez **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** w dniu 8 lutego 2010 r. w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** kwoty **20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych)**, stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.

## **Uzasadnienie**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy tej ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Izba ustaliła także, wobec wniesienia rozpoznawanego odwołania w dniu 08.02.2010 r., że na podstawie § 7 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) do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlano - montażowych w ramach projektu pn. „Przebudowa dworca kolejowego Warszawa Wschodnia”, zaś odwołujący złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) sporządzonych przez Zamawiającego - PKP S.A., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), a także § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany sekcji III.2.3 pkt 3 tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie słów „przy realizacji robót budowlano - montażowych odpowiadających przedmiotowi zamówienia” i wpisanie w to miejsce słów: „przy realizacji robót budowlano - montażowych w obiektach użyteczności publicznej”,

2. zmiany pkt 9.1. B 3 tiret pierwszy części I SIWZ, poprzez wykreślenie słów: „przy realizacji robót budowlano - montażowych odpowiadających przedmiotowi zamówienia” i wpisanie w to miejsce słów: „przy realizacji robót budowlano - montażowych w obiektach użyteczności publicznej”,
3. wykreślenie w pkt 9.1 części III SIWZ słów: „projekty budowlane i wykonawcze” i dołączenie jako załącznik do SIWZ projektów budowlanych i wykonawczych.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż warunki, jakie stawia Zamawiający dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, ich wiedzy, doświadczenia i dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, a także przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP/62/07.

Podał, że określając wymagania w odniesieniu do osoby przedstawianej przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy Zamawiający wskazał, iż oczekuje od takiej osoby m.in. 10 - letniego doświadczenia na stanowiskach kierowniczych przy realizacji robót budowlano - montażowych odpowiadających przedmiotowi zamówienia, czym w ocenie Odwołującego Zamawiający doprowadza do istotnego ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia, ponieważ ilość wybudowanych bądź przebudowanych dworców kolejowych w ostatnich latach nie tylko w Polsce, ale także w Europie, sprawia, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się nieliczni wykonawcy.

Nadto zdaniem Odwołującego ograniczenie to jest nieuzasadnione, ponieważ zupełnie wystarczające jest, aby przedmiotowymi pracami mogła kierować osoba posiadająca doświadczenie w kierowaniu robotami budowlano - montażowymi na obiektach użyteczności publicznej. W przekonaniu Odwołującego kierownik budowy posiadający doświadczenie w kierowaniu robotami budowlano - montażowymi na obiektach użyteczności publicznej zapewni należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a w szczególności terminowość prac.

Odnosnie naruszenie art. 31 ust. 3 ustawy Pzp i wskazanego wcześniej rozporządzenia wykonawczego Odwołujący podniósł, że Zamawiający, podając w pkt 9.1 części III SIWZ, iż przekaże wykonawcy dokumentację niezbędną do realizacji zadania, w tym projekty budowlane i wykonawcze po podpisaniu umowy postąpił niezgodnie

z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również za pomocą dokumentacji projektowej, do której w myśl § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 cyt. rozporządzenia zalicza się projekty budowlane i wykonawcze. Dodał, że obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia polega nie tylko na uwzględnieniu w opisie przedmiotu zamówienia danych zawartych w powyższych projektach, ale także na dołączeniu tychże projektów do SIWZ.

Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2007 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1405/07 oraz z dnia 24 kwietnia 2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-1112/06.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym, trzydniowym terminie, tj. od dnia 10.02.2010 r., kiedy to Zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania (pismo znak: KPM3T-223/5RB-4/10 z dnia 09.02.2010 r.) wraz z jego treścią na stronie internetowej, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp).

Na posiedzeniu Zamawiający przedłożył pismo procesowe - odpowiedź na odwołanie z dnia 29.03.2010 r., w którym wniósł o umorzenie postępowania, oświadczając, że po zapoznaniu się z zarzutami i żądaniami Odwołującego postanowił uwzględnić odwołanie w całości. Oświadczył, że w dniu 18.02.2010 r. dokonał modyfikacji SIWZ i przedłożył wykaz tychże zmian, tj. w szczególności:

1. w poz. 1 wskazano zmiany, polegające na zastąpieniu w części I SIWZ pkt 9.1. B 3 tiret pierwszy treści: „przy realizacji robót budowlano - montażowych odpowiadających przedmiotowi zamówienia”, treścią: „przy realizacji robót budowlano - montażowych na obiekcie budowlanym w postaci budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676 z późn. zm.),
2. w poz. 5 - 7 wskazano zmiany, polegające na zastąpieniu w części III SIWZ pkt 10 ppkt 2 treści: „Projekt Przetargowy - załącznik nr 8”, treścią : „Projekt Wykonawczy na potrzeby przeprowadzenia procedury przetargowej wyboru wykonawcy robót - załącznik nr 8” oraz na dodaniu nowych punktów 4 i 5 w części III SIWZ pkt 10 o treści: „Projekt budowlany budynku dworca dalekobieżnego - załącznik nr 10” oraz „Projekt budowlany budynku dworca podmiejskiego - załącznik nr 11”.

Sprostowanie (odnośnie pkt 1 powyżej) Zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Izba, porównując brzmienie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego dla kierownika budowy doświadczenia, zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ z brzmieniem, którego żąda Odwołujący uznała, że Odwołujący domaga się uwzględnienia możliwości wykazywania doświadczenia nie poprzez realizację robót budowlano - montażowych odpowiadających przedmiotowi zamówienia, ale poprzez realizację robót budowlano - montażowych w obiektach użyteczności publicznej.

Skoro Zamawiający zmodyfikował postanowienia SIWZ poprzez dopuszczenie doświadczenia przy realizacji robót budowlano - montażowych na obiekcie budowlanym w postaci budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676 z późn. zm.) oraz przekazał odpowiednio sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz uczynił zadość jego żądaniu, zaś literalnie inne brzmienie samego warunku zmodyfikowanej SIWZ oraz odesłanie do właściwego rozporządzenia wykonawczego co do rozumienia pojęcia budynku użyteczności publicznej nie niesie za sobą innych treści, niż wnioskowane przez Odwołującego.

Na posiedzeniu Odwołujący potwierdził, że dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie zmiana odpowiada jego oczekiwaniom.

W dalszej kolejności, porównując zarzut Odwołującego co do zaniechania przez Zamawiającego załączenia do SIWZ projektów wykonawczych i budowlanych, składających się na dokumentację projektową z treścią SIWZ po modyfikacji Izba uznała, że Zamawiający wprowadzając do SIWZ nowe postanowienia o załączeniu „Projektu Wykonawczego na potrzeby przeprowadzenia procedury przetargowej wyboru wykonawcy robót - załącznik nr 8”, „Projektu budowlanego budynku dworca dalekobieżnego - załącznik nr 10” oraz „Projektu budowlanego budynku dworca podmiejskiego - załącznik nr 11” uczynił w istocie zadość żądaniu Odwołującego sprowadzającego się do opisanego przedmiotu zamówienia również za pomocą tych dwóch rodzajów projektów. Bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje fakt, że Zamawiający pozostawił w części III SIWZ pkt 9.1. zobowiązania do przekazania tych projektów (budowlane i wykonawcze) również na tym etapie.

Izba za nowy, tj. nie objęty odwołaniem z dnia 04.02.2010 r. uznała zgłoszony na posiedzeniu zarzut, iż projekt wykonawczy, który został załączony do SIWZ w wyniku jej modyfikacji nie odpowiada wymogom Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, wobec czego zarzut tego Izba nie mogła rozpoznać w ramach odwołania z dnia 04.02.2010 r., którego dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

.....