

WYROK

z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 01 marca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez:

**Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna ul. Hauke Bosaka 9,
25-214 Kielce**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Teatr Śląski im. St. Wyspiańskiego w Katowicach z siedziba ul. Rynek 2, 25-214
Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złotych zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający **Teatr Śląski im. St. Wyspiańskiego w Katowicach z siedzibą ul. Rynek 2, 25-214 Katowice** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **Adaptację budynku Teatru Śląskiego tzw. Malarni i zaplecza magazynowo – warsztatowego dla potrzeb kulturalnych i turystycznych** ogłoszenie o którym zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 lutego 2010 roku pod numerem 50874-2010.

W dniu 1 marca 2010 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie na czynność Zamawiającego sporządzenia opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu:

- niezgodność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu z zasadą przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- niezgodność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu z zasadą opisaną w art. 22 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

i wnosząc o:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w części dotyczącej opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wiedza i doświadczenie: Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże realizację co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem były roboty budowlane o wartości co najmniej 3 500 000 zł brutto zrealizowane (zakończone) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w budynkach użyteczności publicznej. Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę na zasadzie spełnia/nie spełnia.”, oraz

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści punktu 8 lit. a Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia” lub „SIWZ”) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„wykaże realizację co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem były roboty budowlane o wartości co najmniej 3 500 000 zł brutto zrealizowane (zakończone) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w budynkach użyteczności publicznej”. Odwołujący uważa, że Zamawiający swoim działaniem w sposób nieuzasadniony uniemożliwił mu swobodny dostęp do udziału w postępowaniu, a tym samym naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 8 marca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło stanowisko Zamawiającego – Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie; w treści pisma Zamawiający podnosi, iż:

- odwołanie zostało złożone do Zamawiającego w dniu 2 marca 2010 roku faksem,
- odwołanie zostało złożone wobec warunków udziału w postępowaniu, a nie wobec sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 23 lutego 2010 roku do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 1 marca 2010 roku. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego na podstawie art. 187 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do doręczenia dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu, Odwołujący doręczył w terminie dowody:

- potwierdzenie przesłania odwołania, w dniu 1 marca 2010 roku, drogą elektroniczną na adres mailowy teatrslaski@teatrslaski.art.pl , oraz
- potwierdzenie próby przesłania odwołania faksem w dniu 01 marca 2010 roku (4 próby – rejestr połączeń faksowych) na numery faksu Zamawiającego: 32 259 89 76, 32 258 89 92; potwierdzenie przesłania odwołania na numer 32 259 89 76 w dniu 2 marca 2010 roku o godz. 09:02.

Izba ustaliła, iż adres mailowy, na który została przesłana kopia odwołania jest adresem mailowym Zamawiającego (adres ten został podany na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Województwa Śląskiego a także na głównej stronie internetowej Teatru) nadmienić należy, iż w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie podał adresu mailowego; w ocenie Izby Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Przesłanie kopii nastąpiło przez Odwołującego przed upływem terminu do wniesienia odwołania tj. 1 marca 2010 rok o godzinie 18:58 w sposób dopuszczony przez Zamawiającego w części 10 SIWZ (strona 6 SIWZ) oraz zgodny z regulacją art. 27 ust. 2 ustawy tj. drogą elektroniczną. W ocenie Izby odwołanie zostało przesłane skutecznie, zgodnie z obowiązującą regulacją prawną wynikającą z art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią w terminie wskazanym w tym przepisie, tym samym nie została wypełniona przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż podniesiona przez Zamawiającego argumentacja, że odwołanie dotyczy warunków udziału w postępowaniu a nie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku nie znajduje uzasadnienia. Listopadowa nowelizacja Prawa zamówień publicznych wprowadziła rozróżnienie pomiędzy ustawowo określonym w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp warunkiem udziału w postępowaniu od opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w ustawie i nie podlegają modyfikacji, natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie adekwatnego i związanego z przedmiotem zamówienia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który zamieszcza

w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zamawiający nie ma, w obecnym stanie prawnym, możliwości manewrowania warunkiem, bowiem jest on stały, a jedynie przygotowany na potrzeby danego postępowania opis sposobu dokonania oceny określonego przez ustawodawcę warunku daje Zamawiającemu możliwość zweryfikowania wykonawców. Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz przeniósł jego treść do SIWZ wypełniając tym samym obowiązki nałożone na Zamawiającego określone w art. 22 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczą opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym samym nie została wypełniona przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełniona została przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem uznając, że nieuwzględnienie podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust 1, art. 22 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przez Zamawiającego niezgodnego z przepisami ustawy opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w przypadku potwierdzenia się tych zarzutów, mogłoby narazić Odwołującego na uszczerbek w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia. Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania a działanie Zamawiającego może spowodować iż Odwołujący poniesie szkodę z uwagi na utratę możliwości uzyskania zamówienia, tak więc w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem Zamawiającego Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Izba dopuścił również dowód ze stanowisk i oświadczeń stron wyrażonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, tj. stanowisko Zamawiającego przesłane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu a także przedłożone na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego dwie umowy wraz z protokołami odbioru potwierdzające wykonanie przez Odwołującego prac w budynkach użyteczności publicznej.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie niezgodności opisu sposobu dokonania oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu z zasadą przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy - Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie III.3.2 dokonał opisu sposobu dokonania ceny spełniania warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia tj.:

„Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże realizację co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem były roboty budowlane o wartości co najmniej 3 500 000 zł brutto zrealizowane (zakończone) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na obiektach wyszczególnionych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz.U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1316) w grupach nr 122 (tj. budynki biurowe), 124 (tj. budynki transportu i łączności z wyjątkiem klasy 1242 tj. budynków garaży), 126 (tj. ogólnodostępnych obiektów kultury, budynków o charakterze edukacyjnym, budynków szpitali i zakładów opieki medycznej z wyjątkiem klasy 1265 tj. budynków kultury fizycznej). Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę na zasadzie spełnia/nie spełnia.”

oraz wprowadził w punkcie 8 SIWZ regulację odzwierciedlającą wymagania zawarte w ogłoszeniu poprzez wprowadzenie zapisu:

„wykaże realizację co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem były roboty budowlane o wartości co najmniej 3 500 000 zł brutto zrealizowane (zakończone) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w budynkach użyteczności publicznej”,

W ocenie Izby, dokonany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku stworzony dla potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia nie narusza zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Zamawiający używając w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wybranych grup z Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (dalej: PKOB) nie ograniczył konkurencji w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ wskazane przez Zamawiającego grupy tj. 122, 124 i 126 PKOB określają szeroki katalog obiektów adekwatnych do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na charakter inwestycji, którym jest adaptacja budynku Malarni na scenę teatralną z zapleczem magazynowo - warsztatowym dla potrzeb kulturalnych i turystycznych wymaga specjalistycznego przygotowania Wykonawców ubiegających się o zamówienie, które to przygotowanie Wykonawcy mogli nabyć realizując roboty budowlane w obrębie grup 122, 124 i 126 PKOB. Izba nie znajduje uzasadnienia zastąpienia określonego przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dla warunku wiedzy i doświadczenia wskazanym przez Odwołującego wymaganiem realizacji obiektów użyteczności publicznej. Zadaniem Zamawiającego jest ukształtowanie

opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku tak, aby Wykonawcy, którzy spełnili opisane wymagania dawali pewność, że w przypadku udzielenia im zamówienia, podołają przedsięwzięciu i jednocześnie wykonają je należycie. W ocenie Izby, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku ukształtowany przez Zamawiającego, jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i powiązany z przedmiotem zamówienia; wymagania Zamawiającego zawarte w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w ocenie Izby nie naruszają ukonstytuowanych praw wykonawców. Określenie przez Zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku nie ograniczyło dostępności do zamówienia oraz nie naruszyło zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co potwierdziło złożenie 13 ofert w postępowaniu na Adaptację budynku Teatru Śląskiego tzw. Malarni i zaplecza magazynowo – warsztatowego dla potrzeb kulturalnych i turystycznych.

Naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych czyli odpowiednio warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia nie wyczerpuje żadnej z przesłanek art. 180 ust 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, nie może być podstawą skutecznego wniesienia odwołania i w swoim zakresie nie podlega ocenie Izby.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 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.) w związku z § 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), tj. zgodnie z przepisami dotychczasowymi z uwagi na to, że postępowanie wszczęto po 29 stycznia 2010 r., a odwołanie wniesiono 01 marca 2010 r., a więc przed dniem wejścia w życie ww. rozporządzenia z 15 marca 2010 r.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....