

Sygn. akt KIO 388/10

Sygn. akt KIO 390/10

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołań, skierowanych przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 23 marca 2010 r. do łącznego rozpoznania :

A. z dnia 12 marca 2010 r, wniesionego przez ERBUD S.A. ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa, adres dla doręczeń ERBUD S.A. Oddział Szczecin ul. Mostnika 22, 70 672 Szczecin, w sprawie sygn. akt KIO 388/10.

B. z dnia 12 marca 2010 r, wniesionego przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa, w sprawie sygn. akt KIO 390/10

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin Urząd Miasta Szczecin Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin.**

orzeka:

1. A. Uwzględnia odwołanie odwołującego A. ERBUD S.A. sygn. akt KIO 388/10

Nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji

III.2.3 pkt 1) lit. b.1) ogłoszenia.

B. Oddala odwołanie odwołującego B. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. sygn. akt

KIO 390/10.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Szczecin Urząd Miasta Szczecin Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin** oraz odwołującego **B. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: **cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy**) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących, z czego:
 - A. **koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego **A. ERBUD S.A. ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa**, adres dla doręczeń **ERBUD S.A. Oddział Szczecin ul. Mostnika 22, 70 672 Szczecin**,
 - B. **koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego **B. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 926 zł 40 gr**. (słownie: **pięć tysięcy dziewięćset dwadzieścia sześć złotych czterdzieści groszy**), stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
 - A. dokonać wpłaty kwoty **5 822,00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote zero groszy)** przez **Gminę Miasto Szczecin Urząd Miasta Szczecin Pl. Armii Krajowej 1, 70- 456 Szczecin** na rzecz: **A. ERBUD S.A. ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa**, adres dla doręczeń **ERBUD S.A. Oddział Szczecin ul. Mostnika 22, 70 672 Szczecin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania w sprawie sygn. akt KIO 388/10,
 - B. dokonać wpłaty kwoty **104,40 gr (słownie: sto cztery złote czterdzieści groszy)** przez **B. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5A, 02- 676 Warszawa**, na rzecz: **Gminy Miasto Szczecin Urząd Miasta Szczecin Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;

- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 556,00 gr** (słownie: **trzydzieści pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych, w tym na rzecz:
- A. **ERBUD S.A. ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa, adres dla doręczeń ERBUD S.A. Oddział Szczecin ul. Mostnika 22, 70 672 Szczecin, B. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5A, 02- 676 Warszawa kwoty 17 778,00 zł, (słownie; siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy.**
 - B. **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa kwoty 17 778,00 zł, (słownie; siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy.**

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę Filharmonii im. Mieczysława Karłowicza w Szczecinie,” zostały wniesione odwołania, z kopiami przekazanym i w tym samym terminie zamawiającemu:

I. w sprawie sygn. akt KIO 388/10 przez ERBUD S.A. w dniu 12 marca 2010 r. zwany dalej odwołującym A lub ERBUD,

II w sprawie sygn. akt KIO 390/10 przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. w dniu 12 marca 2010 r, zwany dalej odwołującym B lub Eiffage.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nr 2010 S 42 – 061361 w dniu 2 marca 2010 r.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu Gminie Miasto Szczecin, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp.

Sygn. akt. KIO 388/10

Ad I. Odwołujący ERBUD zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający za zdolnych do wykonania zamówienia uznał wykonawców, którzy między innymi: wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum jedną robotę budowlaną podobną do objętej przedmiotem zamówienia. Za robotę budowlaną podobną zamawiający zapowiedział uznanie następującego kompletu prac (b.1+b.2 +b.3+b.4): wybudowanie filharmonii, sali koncertowej, opery, operetki lub teatru muzycznego o ilości miejsc na widowni min. 400, oddanej do użytkowania przed terminem składania wniosków.

W ocenie odwołującego ERBUD, zamawiający winien uznawać za wystarczające wykazywanie się doświadczeniem zdobytym nie tylko przy wybudowaniu obiektów wskazanych powyżej, ale także kin czy teatrów innych niż muzyczne, które są zbliżone nie tylko funkcjonalnie, ale także stopniem skomplikowania do budowanej filharmonii. W opinii odwołującego A, wykonawca mający doświadczenie w wybudowaniu „zwykłego” teatru, a nie koniecznie muzycznego zdobył wymagane doświadczenie. Odwołujący ERBUD wnosił o zmianę kwestionowanego warunku:

- w sposób wyraźnie dopuszczający wykazywanie się doświadczeniem w wykonawstwie także obiektów takich jak teatry inne niż muzyczne lub kina. Zaznaczał, iż wielkie sale kinowe w tzw. „multipleksach” wymagają zachowania najwyższych standardów wykonania co do akustyki i pozostałych ważnych dla zamawiającego w niniejszym zamówieniu parametrów technicznych filharmonii. Dodał, iż według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, w grupie 126 sklasyfikowane są: ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej, wśród których wyróżnia się klasę 1261: ogólnodostępne obiekty kulturalne, gdzie podaje się, iż należą do nich: kina, sale koncertowe, opery, teatry itp.” W wymienionej klasyfikacji zrównuje się w jednej klasie: kina i wszelkie teatry, bez jednoczesnego ich rozróżnienia na teatry muzyczne, teatry dla dzieci, teatry lalkowe i inne. Z wymienionych względów, odwołujący A uznał, iż żądanie zrównania możliwości wykazywania się doświadczeniem zdobytym w wykonawstwie teatrów innych niż muzyczne oraz kin z wykonawstwem obiektów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu jest w pełni uzasadnione.

Ponadto odwołujący A wnosił o zmianę wymogu dotyczącego wielkości widowni. Mając na uwadze wielkość widowni w budowanej filharmonii (957 miejsc), odwołujący żądał zmiany tego warunku:

- dopuszczenia warunku wykazania się doświadczeniem w wykonawstwie widowni o liczbie miejsc nie większej niż 250. W ocenie odwołującego A, stawiane warunki winny służyć miarkowaniu doświadczenia wykonawcy, a nie dotyczyć doświadczenia w wykonawstwie takich samych obiektów budowlanych, jak te które są przedmiotem zamówienia. Na potwierdzenia trafności powyższych poglądów odwołujący ERBUD powołał się na stanowisko Izby w wyroku KIO/UZP 2/08 z 30.01.2008 r. Odwołujący A argumentował, iż podmiot wykonujący widownię w auli szkoły wyższej, czy wykonujący wielkie sale wykładowe również ma odpowiednie doświadczenie dla wykonawstwa obiektu takiego jak filharmonia.

Kolejny warunek wybudowania wielokondygnacyjnego budynku o kubaturze 40 000 m³, zdaniem odwołującego A, winien być jednym z kryteriów branych pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mających wpływ na kwalifikacje

określonej liczby wykonawców do dalszego etapu postępowania, ponieważ pozwoliłoby to zaprosić do składania ofert grupę tych wykonawców, którzy stale wykonują duże obiekty kubaturowe. Odwołujący A wnosił więc:

- o zmianę kryteriów kwalifikacji wykonawców.

Odwołujący ERBUD stwierdził, iż nie jest dla niego zrozumiałe z jakich przyczyn z zakresu wymaganego doświadczenia wykonania i montażu przestrzennej konstrukcji stalowej przekrycia budynku o rozpiętości między podporami minimum 20 m. (wyłącza się konstrukcje linowe, mosty oraz konstrukcje typowych hal przemysłowych i handlowych). W szczególności odwołujący A kwestionował wyłączenie konstrukcji hal przemysłowych i handlowych, jeżeli hale te posadowione są na fundamentach, zatem ich prawidłowe przekrycie także wymaga określonej wiedzy technicznej i doświadczenia. Odwołujący ERBUD wnosił:

- o usunięcie z opisu warunku wyłączeń wyżej opisanych - co do przekryć konstrukcji typowych hal przemysłowych i handlowych i brania pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu także doświadczenia zdobytego podczas wykonywania i montażu przestrzennej konstrukcji stalowej przekrycia budynku, o rozpiętości między podporami minimum 20 m. z uwzględnieniem konstrukcji typowych hal przemysłowych i handlowych.

Odwołujący A powoływał się na ugruntowaną linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, iż co do zasady, wymaganie udokumentowania doświadczenia przez wykazanie robót budowlanych, dostaw lub usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (tożsamych, identycznych) jest warunkiem nadmiernie ograniczającym uczciwą konkurencję, naruszającym art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro usługa odpowiada co do rodzaju przedmiotowi zamówienia i została wykonana należycie, to brak jest podstaw, do odmowy jej uznania za potwierdzającą posiadanie doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. (wyrok KIO/UZP 768/08). Wymaganie pełnego udokumentowania zakresu i charakteru robót, sprowadzałoby się w istocie do żądania wykazania doświadczenia w prowadzeniu robót tożsamych (wyrok KIO/UZP 665/08).

Odwołujący ERBUD wskazywał, iż posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, zatem pozostawienie wadliwych postanowień ogłoszenia w odniesieniu do opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia, uniemożliwia złożenie wniosku i udział w postępowaniu, a finalnie uniemożliwia uzyskanie zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie, złożonej pismem z dnia 7 kwietnia 2010 r. zamawiający podtrzymał warunki udziału podane w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz sposób oceny ich spełnienia, powołując się na argumentację przedstawioną w załączonej opinii rzeczoznawców.

Sygn. akt. KIO 390/10

Ad II Odwołujący B. Eiffage zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 2 pkt 8, art. 7, art. 36 ust. 5 i art. 22 ust. 1 pkt 2 tej ustawy oraz przepisów innych ustaw, przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sekcji III.2.3 ogłoszenia jako utrudniającego złożenie (wniosku) oferty i uzyskanie zamówienia oraz prowadzące do nierównego traktowania wykonawców. Odwołujący B kwestionował postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu o następującej treści: zamawiający będzie uważał za wykonanie wymaganej roboty budowlanej: „wybudowanie filharmonii, sali koncertowej, opery, operetki lub teatru muzycznego o ilości miejsc na widowni min. 400, oddanej do użytkowania przed terminem składania wniosków.” W opinii odwołującego Eiffage, takie określenie roboty budowlanej stanowi zawężenie pojęcia roboty budowlanej, a więc naruszenie przepisu art. 2 pkt 8 i art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane. Odwołujący B wskazywał, iż zarówno ustawa Pzp jak i prawo budowlane za roboty budowlane uznają nie tylko budowę, ale także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie czy rozbiórce obiektu budowlanego. Dlatego też jak wyżej podano, zastosowanie pojęcia roboty budowlanej jedynie do wybudowania obiektu jest nieuzasadnionym i niezgodnym z prawem zawężeniem definicji robót budowlanych. Zdaniem odwołującego B, wybiórcze stosowanie przez zamawiającego tylko jednego z elementów definicji robót budowlanych do ustalenia warunków udziału w przetargu, stanowi nierówne traktowanie oferentów i utrudnianie uczciwej konkurencji. Mając na uwadze przedstawioną argumentację, odwołujący Eiffage wnosił:

- o zmianę treści ogłoszenia sekcja III.2.3 pkt 1) w ten sposób, iż zamawiający uzna, że roboty budowlane obejmują pełny zakres definicji robót budowlanych określony w Pzp oraz w prawie budowlanym, a więc nie tylko wybudowanie obiektu budowlanego. Odwołujący B podał, iż kwestionowany warunek narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia i uniemożliwia udział w postępowaniu, a finalnie złożenie oferty.

W odpowiedzi na odwołanie, złożonej pismem z dnia 7 kwietnia 2010 r. zamawiający podtrzymał warunki udziału podane w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz sposób oceny ich spełnienia, powołując się na argumentację przedstawioną w załączonej opinii rzeczoznawców.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołań, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, załącznika 4 do ogłoszenia – formularza prac podobnych, ogłoszenia o

zamówieniu 2009/S 243-348045 z 17.12.2009 r. na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania - Budowa filharmonii im. M. Karłowicza w Szczecinie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron (w tym opinię rzeczoznawców złożoną przez zamawiającego), przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, (podtrzymanych przez odwołujących na rozprawie), jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Sekcja II.1.5 ogłoszenia podaje, iż przedmiot zamówienia stanowi budowa budynku filharmonii. W zakres przedsięwzięcia wchodzi budowa budynku o parametrach:

- powierzchnia użytkowa: 12 734 m²;
- kubatura 98 200 m³;
- budynek jest pięciokondygnacyjny, przekryty stalowym wielopłociowym dachem o złożonej konstrukcji;
- układ konstrukcyjny stanowią ściany żelbetowe oraz słupy żelbetowe i stalowe, które stanowią podpory dla monolitycznych stropów żelbetowych oraz dachu;
- wielkość widowni w budowanej filharmonii (953 osoby – duża sala).

W sekcji III.2 Warunki udziału pkt III.2.3 – zdolność techniczna, zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców (pkt 1), którzy: między innymi: wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum jedną robotę budowlaną podobną do objętej przedmiotem zamówienia. Za robotę budowlaną podobną zamawiający uzna następujący komplet prac (b.1+b.2 +b.3+b.4):

b.1) wybudowanie filharmonii, sali koncertowej, opery, operetki lub teatru muzycznego o ilości miejsc na widowni min. 400, oddanej do użytkowania przed terminem składania wniosków;

b.2) wybudowanie wielokondygnacyjnego budynku o kubaturze minimum 40 000 m³;

b.3) wykonanie i montaż przestrzennej konstrukcji stalowej przekrycia budynku o rozpiętości między podporami minimum 20 m (wyłącza się konstrukcje linowe, mosty oraz konstrukcje typowych hal przemysłowych i handlowych).

Każdy z wykonawców celem wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia ma obowiązek złożyć wykaz prac podobnych, według wzoru załącznika 4, zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego, przewidującego: opis, rodzaj pracy podobnej zbliżonej do zakresu prac objętych ogłoszeniem, wskazanie podmiotu zlecającego prace, miejsca wykonania, dat wykonania, wartości wykonanych prac brutto.

Izba zważyła co następuje.

Sygn. akt KIO 388/10

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w przepisie § 1 ust. 1 pkt 2 stanowi, iż zamawiający zobowiązany jest (stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) żądać od wykonawcy wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania (ofert) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków posiadania wiedzy i doświadczenia powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zatem opis warunków udziału w postępowaniu podany w ogłoszeniu, stanowi konkretyzację wymogów ustawowych określonych w art. 22 ustawy Pzp. Wiedza i doświadczenie wykonawcy jest weryfikowana w oparciu o dotychczas zrealizowane zamówienia. Wiedza jest wynikiem nabytego doświadczenia wykonawcy przy wykonywaniu danego rodzaju zamówień. Weryfikacji warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy służy wykaz zrealizowanych robót, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Izba zważyła, iż przedmiotem zamówienia jest budowa budynku filharmonii, zatem należy przyznać rację odwołującemu, iż podobnym obiektem nie będą wyłącznie: filharmonia, sala koncertowa, opera, operetka lub teatr muzyczny. Zbliżoną funkcją i konstrukcją mogą się charakteryzować także inne obiekty mieszczące się w grupie 126 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, gdzie sklasyfikowane są między innymi: ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym oraz budynki kultury fizycznej, a w szczególności w klasie 1261: ogólnodostępne obiekty kulturalne, jak: kina, sale koncertowe, opery, teatry itp.” W wymienionej klasyfikacji zrównuje się: kina i wszelkie teatry. Biorąc pod uwagę, iż zamawiający postawił łączne warunki udziału w postępowaniu, w tym wymaganą wielkość obiektu referencyjnego, mierzonego jego kubaturą i ilością miejsc, obowiązkiem zamawiającego było nie tylko dopuszczenie porównywalnych obiektów kulturalnych, przeznaczonych stricte do przedstawień muzycznych, (koncertów) ale także obiektów takich jak teatry inne niż muzyczne oraz kina. Izba podzieliła pogląd odwołującego,

iż teatry oraz kina o wielkości widowni wymaganej przez zamawiającego – co najmniej na 400 miejsc, i o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³, charakteryzują się rozwiązaniami akustycznymi na wysokim poziomie technicznym i nagłośnieniem z zastosowaniem najnowszych technologii. Z tych względów nabyte doświadczenie i wiedza wykonawców, legitymujących się wykonaniem porównywalnej wielkości obiektów kinowych i teatralnych, jest odpowiednia do zrealizowania w należyty sposób budynku filharmonii, zgodnie z dokumentacją projektową wykonaną na zlecenie zamawiającego. W tym także wykonania w zgodności z projektem, prac konstrukcyjno – budowlanych, z zastosowaniem przewidzianych materiałów w szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, wykonania wszelkich niezbędnych instalacji nagłośnienia, jako zespołu czynników szczególnie ważnych dla obiektu filharmonii, składających się na końcowy efekt uzyskania zakładanych walorów akustycznych i ich skali, w odniesieniu zarówno do zabezpieczenia odbywanych koncertów wieloobsadowych, kameralnych i indywidualnych, co szczególnie podkreślał zamawiający w przedłożonej opinii Zespołu Rzecznawców Polskiego Centrum OISTAT z dnia 6.04.2010r. Ponadto zamawiający mógł wymagać zapewnienia udziału w realizacji zamówienia osoby z wykształceniem teletechnicznym np. specjalizacji inżyniera dźwięku. Specjalista w tej dziedzinie nie został wymieniony w wykazie osób, niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający oświadczył, iż inwestycja będzie realizowana według projektu wykonawcy wybranego w konkursie, z zapewnieniem nadzoru autorskiego, inwestorskiego i eksperckiego. Zamawiający przekaże wykonawcy kompletną dokumentację projektową, włącznie z projektami wykonawczymi. Izba podzieliła stanowisko odwołującego ERBUD, iż okoliczność, czy będą zachowane właściwe parametry nagłośnienia i akustyki obiektu zależy nie tylko od umiejętności wykonawcy, który będzie budował przedmiotowy obiekt, ale w głównym stopniu od przyjętych rozwiązań w projekcie technicznym, dotyczących kubatury, konstrukcji, kształtu sufitu, przewidzianych materiałów i instalacji, w szczególności nagłośnienia. Izba zważyła opierając się na treści ogłoszenia o zamówieniu 2009/S 243-348045, który to dowód został dopuszczony z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, że zamawiający ustanowił nadzór nad budową, sprawowany przez firmę EKO - INVEST, w tym przez eksperta do spraw akustyki, z doświadczeniem w kierowaniu lub nadzorowaniu pracami z zakresu akustyki architektonicznej np. takich jak wnętrza sal koncertowych, filharmonii, teatrów, oper, studiów nagraniowych i innych wnętrz – wymagających szczególnych warunków akustycznych. Za wypełniających warunek odpowiedniej zdolności technicznej, wymaganej od Inżyniera Kontraktu, zamawiający uznał wykonawców, którzy mają nie mniejsze niż 5-letnie doświadczenie zawodowe przy koordynacji i zarządzaniu zadaniami dotyczącymi realizacji obiektów kubaturowych lub obiektów infrastrukturalnych - w tym minimum przy jednym zadaniu o wartości minimum 20 mln PLN netto. Z powyższego

wynika, iż zamawiający postawił warunki udziału w odniesieniu do doświadczenia zawodowego i wiedzy wykonawcy obiektu, bardziej restrykcyjne i zawężone, niż wyspecjalizowanemu nadzorowi (w tym ekspertowi do spraw akustyki), gdzie dopuścił obiekty teatralne bez ich rozróżnienia na muzyczne, czy inne wnętrza wymagające szczególnej akustyki.

Izba uznała, iż wyłączenie porównywalnej wielkości obiektów kinowych i teatralnych, które również muszą spełniać wymagania co do rozwiązań i wykonawstwa, zabezpieczających odpowiednie warunki akustyczne, pozostaje w sprzeczności ze wskazaniami art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp, przez zbytnie zawężenie obiektów porównywalnych z przedmiotem zamówienia – sprowadzających się wyłącznie do obiektów ściśle muzycznych, przez co ów warunek i sposób dokonania oceny warunku pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis warunków udziału w postępowaniu zawarty w sekcji III.2.3, pkt 1) b1) ogłoszenia o zamówieniu, zdaniem Izby, jest niezgodny ze wskazaniami art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie grupie wykonawców, którzy w swoim dorobku mają zrealizowane obiekty teatralne i kinowe, o łącznych parametrach kubatury, powierzchni czy rozwiązaniach konstrukcyjnych wymaganych przez zamawiającego i są zdolni należycie wykonać zamówienie objęte przedmiotem zamówienia. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania, przez antykonkurencyjne zawężenie kręgu wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu. Sam zamawiający w załączniku nr 4 do ogłoszenia, opublikowanym na swojej stronie internetowej podał, iż opis (rodzaj) ma dotyczyć pracy podobnej zbliżonej do zakresu prac objętych ogłoszeniem, a więc nie identycznej – sprowadzającej się wyłącznie do obiektów przeznaczonych do przedstawień i koncertów muzycznych. Zatem wyłączenie porównywalnych obiektów kinowych i teatralnych świadczy też o wewnętrznej niespójności dyspozycji zamawiającego. Opis warunków udziału oraz sposób oceny, winien być adekwatny – proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie upoważnia zamawiającego do stawiania wymagań nadmiernych. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2003 r. sygn. akt V Ca 221/03 stwierdził, iż naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest „sam fakt nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który przez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”

Czynione zamawiającemu zarzuty znalazły potwierdzenie, gdyż dokonany opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenia postępowania z poszanowaniem uczciwej konkurencji. Uniemożliwia złożenie wniosku podmiotom, którzy mają wystarczające

doświadczenie dla właściwego wykonania zamówienia. Wywiera zatem wpływ antykonkurencyjny i dyskryminujący w środowisku potencjalnych wykonawców zamówienia. Dyrektywy europejskie w sprawie zamówień publicznych, ustanawiają minimalne standardy w celu ochrony konkurencji na wspólnym rynku, w szczególności dotyczą one równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może w jakikolwiek sposób dyskryminować podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno na etapie wszczynania postępowania przez np. formułowanie warunków udziału w postępowaniu, jak i przy ocenie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy przy ocenie ofert.

Wobec powyższych ustaleń, Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, iż ustanowił warunki udziału i sposób oceny ich spełnienia adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu odwołującego ERBUD, iż wystarczające będzie wykazanie się przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, doświadczeniem w wykonawstwie obiektów o liczbie miejsc widowni nie mniejszej niż 250. Odwołujący A przyznał, iż wielkość widowni w budowanej filharmonii wynosi 957 miejsc, zatem w żadnym wypadku, warunku zamawiającego w odniesieniu do wielkości widowni obiektu referencyjnego na minimum 400 miejsc nie można uznać za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może kwestionować warunki udziału, jedynie wówczas, gdy czynność ich ustalenia została przez zamawiającego dokonana wadliwie z naruszeniem przepisów prawa, a w szczególności w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tego rodzaju zarzuty odwołującego ERBUD, w odniesieniu do kwestionowanego warunku, nie znalazły potwierdzenia. Z tych względów opisany warunek wykazania się przez wykonawcę realizacją obiektów referencyjnych o liczbie miejsc na widowni, nie mniejszej niż 400 jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie narusza art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wnioski o usunięcie z opisu warunku doświadczenia i wiedzy, wyłączeń co do przekryć konstrukcji typowych hal przemysłowych i handlowych oraz żądania zmiany kryteriów kwalifikacji wykonawców w oparciu o podane wielkości kubatury budynku referencyjnego, zostały wycofane, zatem zgłaszane w tym zakresie zarzuty nie podlegały rozpatrzeniu.

Sygn. akt KIO 390/10

Z przytaczanego wyżej opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż jego przedmiotem jest budowa od podstaw obiektu o kubaturze blisko 100 000 m³. Zgodnie z ustawą prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 118 ze zm.), do której odsyła art. 2 pkt 8 ustawy Pzp - przez roboty budowlane należy rozumieć między innymi realizację obiektu budowlanego. Nawet jeżeli zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy prawo budowlane pojęcie robót budowlanych obejmuje: budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, to należy mieć na względzie, iż zgodnie z punktem 6 art. 3 tej ustawy, przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Skoro przedmiotem zamówienia jest budowa obiektu filharmonii, zamawiający był uprawniony aby odpowiednio sprecyzować warunek doświadczenia i wiedzy wykonawcy, w zakresie robót budowlanych zawężając go do budowy obiektu o porównywalnych funkcjach, złożoności i wielkości, czyli robót podobnych (zbliżonych) do zakresu prac objętych ogłoszeniem, jak ujął to w załączniku nr 4 do ogłoszenia – „Wykazie prac podobnych.” Upoważnienie takie wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który mówi o wymaganiach doświadczenia i opisie sposobu dokonania oceny spełnienia proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Z tych względów, Izba nie podzieliła zapatrywań odwołującego Eiffage, iż dla wykazania zdolności realizacji obiektu o kubaturze blisko 100 000 m³, wystarczające będzie doświadczenie wykonawcy np. przy rozbiórce obiektu tej wielkości, jako również mieszczącej się w definicji robót budowlanych. Zarzuty odwołującego B, że opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny ich spełnienia narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia. Żądania odwołującego Eiffage, aby zamawiający uznał, że roboty budowlane – referencyjne, obejmują pełny zakres definicji robót budowlanych określony w Pzp oraz w prawie budowlanym, a więc nie tylko wybudowanie obiektu budowlanego, nie podlegały uwzględnieniu.

W tym stanie rzeczy Izba:

1. uwzględniła odwołanie odwołującego ERBUD na podstawie art.192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji na podstawie art.192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.
2. oddaliła odwołanie odwołującego Eiffage na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego ERBUD - wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od zamawiającego na rzecz odwołującego A kwotę 5 822,00 zł., w oparciu o złożony rachunek.

Z tytułu uzasadnionych kosztów zamawiającego – kosztów dojazdu na rozprawę, Izba orzekła od odwołującego Eiffage na rzecz zamawiającego kwotę 104,40 zł, na podstawie złożonego rachunku.

- na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b oraz ust. 2 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, Dz. U. Nr 182, poz.1122).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

