

Sygn. akt KIO/1254/10

WYROK
z dnia 9 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., Aleje Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** od czynności zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków.**

przy udziale **Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-400 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Warbud S.A., Aleje Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Warbud S.A., Aleje Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wyłonienie Generalnego Realizatora Inwestycji dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją obiektu WFAiS UJ, zlokalizowanego na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia UJ w Krakowie”. Nr zamówienia: CRZP/UJ/359/2010. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 12 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 113-171292.

Zamawiający w sekcji III.2.1 pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 5) 2.1 SIWZ zażądał wykazania przez Wykonawców wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej (zawierającej projekt budowlany, projekty wykonawcze, STWiOR oraz przedmiary) obiektów użyteczności publicznej w rozumieniu: Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasach: 1263 i 1264, tj. klasa - Budynki Szkół i Instytucji Badawczych i klasa - Budynki Szpitali i zakładów opieki medycznej, o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 70000 m³ i o wartości łącznej tych dwóch usług nie mniejszej niż 2.000.000,- zł brutto, przy czym co najmniej jedna z wykazanych usług referencyjnych musi dotyczyć dokumentacji, która uzyskała międzynarodowy certyfikat jakości, a ponadto jedna z nich musi dotyczyć obiektu zawierającego laboratoria badawcze lub diagnostyczne. Z kolei w sekcji III.2.1 pkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 5) 2.2 SIWZ Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie - zrealizowania co najmniej dwóch robót budowlano-montażowych polegających na budowie obiektów użyteczności publicznej w rozumieniu: Rozporządzenia

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasach: 1263 i 1264, tj. klasa - Budynki Szkół i Instytucji Badawczych i klasa - Budynki Szpitali i zakładów opieki medycznej, o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 70000 m³ i o wartości łącznej tych dwóch robót nie mniejszej niż 2.000.000,- zł. brutto, przy czym co najmniej jedna z wykazanych usług referencyjnych musi dotyczyć obiektu, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości, a ponadto jedna z nich musi dotyczyć obiektu zawierającego laboratoria badawcze lub diagnostyczne.

Zdaniem Odwołującego, wyrażonym w treści odwołania, warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawców, wiedzy, doświadczenia i dysponowania przez wykonawców potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia. 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. Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt (lub usługa) został należyście wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ustalanie wymagań rygorystycznych, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Podkreśla, iż Zamawiający oczekuje wykazania się przez wykonawców wykonaniem zamówienia w zasadzie tożsamego z zamówieniem stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, co w nieuprawniony sposób ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Co więcej, jak podkreślił Odwołujący w podczas rozprawy, fakt, iż wykonawca będzie legitymował się wykonaniem takiego samego obiektu jak przedmiot zamówienia nie gwarantuje, uzyskania należytego wykonania przedmiotu umowy w przypadku niniejszego postępowania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonanie zmiany sekcji III.2.1 pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie słów: „dokumentacji, która uzyskała międzynarodowy certyfikat jakości, a ponadto jedna z nich musi dotyczyć”;
- 2) dokonanie zmiany pkt 5) 2.1 SIWZ poprzez wykreślenie słów: „dokumentacji, która uzyskała międzynarodowy certyfikat jakości, a ponadto jedna z nich musi dotyczyć”;

- 3) dokonanie zmiany sekcji III.2.1 pkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie słów: „który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości, a ponadto jedna z nich musi dotyczyć obiektu”;
- 4) dokonanie zmiany pkt 5) 2.2 SIWZ poprzez wykreślenie słów: „który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości, a ponadto jedna z nich musi dotyczyć obiektu”;
- 5) dokonanie zmiany sekcji III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie jako pkt 2.3 postanowienia o treści: „zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej obiektu, która uzyskała międzynarodowy certyfikat jakości”;
- 6) dokonanie zmiany pkt 5) SIWZ poprzez dodanie jako pkt 2.3 postanowienia o treści: „zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej obiektu, która uzyskała międzynarodowy certyfikat jakości”
- 7) dokonanie zmiany sekcji III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie jako pkt 2.4 postanowienia o treści: „zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu roboty budowlanej dotyczącej obiektu, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości”
- 8) dokonania zmiany pkt 5) SIWZ poprzez dodanie jako pkt 2.4 postanowienia o treści: „zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu roboty budowlanej dotyczącej obiektu, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości”.

W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy, Zamawiający wskazał na fakt, iż w planowanym do realizacji obiekcie, głównym elementem czynności i prac będą specjalistyczne laboratoria naukowo-badawcze, które muszą zostać zaprojektowane i wykonane w ścisłym reżimie nie tylko technologicznym, ale również jakościowym. Obiekt stanowiący przedmiot zamówienia nie może być uznany i porównywany do tradycyjnego obiektu użyteczności publicznej, jak na przykład bank, hotel, czy budynek biurowy, bądź obiekt drogowy, gdyż stopień jego skomplikowania i złożoności w zakresie koniecznych do zaprojektowania oraz wykonania rozwiązań technologicznych i funkcjonalnych daleko wykracza poza wymagania dla powołanych obiektów.

Zamawiający zaznaczył, iż wymagane doświadczenie w zakresie projektowania i wykonania obiektów należących do jednej z dwóch klas oraz konieczność certyfikacji jednego z obiektów referencyjnych w odniesieniu do projektowania i robót budowlano-montażowych, jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia jest bardzo skomplikowany pod względem techniczno-funkcjonalnym i ma uzyskać

międzynarodowy certyfikat jakości, co wymusza konieczność wyłonienia Wykonawcy posiadającego doświadczenie nie tylko w projektowaniu i wykonawstwie określonej klasy obiektów, ale również wykazania, iż Wykonawca posiada doświadczenie w ich realizacji przy konieczności spełnienia i dochowania szczególnych warunków i wymagań jakościowych.

Podkreślił, iż ilość laboratoriów w planowanym obiekcie jest ponad dwa razy większa niż „klasycznych, bądź typowych” pomieszczeń występujących w innego rodzaju obiektach użyteczności publicznej. Z powyższego, zdaniem Zamawiającego, wynika, iż stopień adekwatności i proporcjonalności ustalonych w ogłoszeniu i SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jest właściwy i prawidłowy.

W niniejszej sprawie po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-400 Warszawa. Przystępujący jest jednym z potencjalnych Wykonawców, którzy są zainteresowani złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Przystępujący wykazał, iż wprowadzenie zmiany w ogłoszeniu, zgodnie z żądaniem strony, do której przystępuje, stworzy możliwość złożenia oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny, bowiem w przypadku potwierdzenia się faktu, iż sformułowanie przez Zamawiającego treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób niezgodny z przepisami Ustawy prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, Wykonawca może utracić możliwość złożenia oferty w postępowaniu, która nie będzie podlegała odrzuceniu.

Izba uznała, iż w niniejszej sprawie Zamawiający wykazał, że zakres jego wymagań co do doświadczenia wykonawców jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. W szczególności wykazał, iż przedmiotem wykonania będą specjalistyczne laboratoria naukowo-badawcze, które muszą zostać zaprojektowane i wykonane w ścisłym reżimie nie tylko technologicznym, ale również jakościowym. Ponadto celem Zamawiającego jest

uzyskanie dla obiektu stosownego certyfikatu jakości (co wiąże się z określonymi możliwościami ekonomicznymi i rozwojowymi dla zamawiającego) oraz stworzenie jednego z najnowocześniejszych ośrodków naukowo-badawczych i jak najpełniejsze funkcjonalne wykorzystanie obiektu WFAiS UJ. Jak podkreślił Zamawiający podczas rozprawy, jego dotychczasowe doświadczenia w znalezieniu wykonawcy, który sprostałby zrealizowaniu niniejszego zamówienia kończyły się niepowodzeniem. Stąd usprawiedliwiony jest fakt, iż w obecnym postępowaniu Zamawiający poszukuje Wykonawcy, który zrealizował już podobny obiekt (jak opisany w przedmiocie zamówienia) i dysponuje wiedzą i doświadczeniem w takim zakresie. Wprawdzie Odwołujący podnosił na rozprawie, iż fakt, że jakiś wykonawca wykonał podobny obiekt, jak przedmiot zamówienia (i z certyfikatem w określonej klasie) nie daje gwarancji, iż tym razem, w przypadku niniejszego zamówienia, rezultat będzie zadowalający i zamówienie zostanie wykonane w sposób, jakie oczekuje Zamawiający. Jednak, zdaniem Izby, wykazanie się przez Wykonawcę, iż realizował już podobny obiekt, wysoce uprawdopodobnia fakt, iż taki wykonawca dysponuje należyтым doświadczeniem, znajomością problematyki i zastosowania jakiś rozwiązań w konkretnym zakresie. A o wykazanie tego właśnie faktu (doświadczenia i wiedzy) chodzi Zamawiającemu.

Z przedstawionych wyjaśnień w toku rozprawy również wynika, iż dokonany opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania w zakresie warunków i dokumentów nie naruszają konkurencji ani też równego traktowania Wykonawców. Zamawiający w toku rozprawy przyznał, iż w świetle dokonanego przez niego rozpoznania rynku przed wszczęciem niniejszego postępowania, istnieje około kilkadziesiąt podmiotów na terenie Polski, które mogłyby spełnić przedmiotowe warunki Zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył takiemu stwierdzeniu, co więcej, podczas rozprawy, po zapoznaniu się z załączoną przez Zamawiającego do treści odpowiedzi na pytanie listą referencyjną certyfikacji, potwierdził, iż w świetle jego wiedzy są co najmniej 2 lub 3 podmioty, które w jego ocenie mogłyby spełnić postawione przez Zamawiającego warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający uzupełnił tę wypowiedź, iż załączona lista referencyjna certyfikacji jest listą pochodzącą od jednego tylko podmiotu. Jest jednak wiele podmiotów, które dokonują certyfikacji, zatem istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, iż jest sporo podmiotów, które będą w stanie spełnić wymagania Zamawiającego. Potwierdza to zatem fakt, iż wymagania Zamawiającego nie są na rynku czymś wyjątkowym i nie faworyzują żadnego z wykonawców.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż przy obecnej konstrukcji ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawcy mają możliwość występowania jako podmiot zbiorowy (np. konsorcjum) lub też korzystać z doświadczeń innych podmiotów. Zatem ilość podmiotów,

które są w stanie spełnić wymagania Zamawiającego rzeczywiście zwiększa się, wobec czego trudno jest mówić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Ponadto zaznaczenia wymaga fakt, iż w obydwu klasach budynków 1263 i 1264, określonych w Rozporządzeniu Rady Ministrów mieści się co najmniej kilka różnych obiektów w każdej klasie, co świadczy, iż Zamawiający nie ograniczył wymagań i nie jest wymagany jest taki sam obiekt, jak w opisie przedmiotowego zamówienia, ale zwiększa się ich różnorodność, przez co potencjalnie zwiększają możliwości wykonawców.

Mając powyższe na uwadze 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. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Skład orzekający Izby:

.....