

Sygn. akt: KIO 2474/16

POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **CELMAR sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Prezydent Miasta Tychy, Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **CELMAR sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom** uiszczonej 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 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Urząd Miasta Tychy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa tężni w parku Południowym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 369187 w dniu 19 grudnia 2016 r. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Wykonawca CELMAR sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudniający udział w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1.2.2 siwz dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie:

- usunięcia wymogu wykazania się doświadczeniem w odniesieniu do wykonania projektu oraz budowy tężni na podstawie jednej roboty (umowy),
- określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób dopuszczający wykazanie się oddzielną robotą i umową dla prac projektowych oraz robót budowlanych związanych z wykonaniem tężni,
- wykonanie innych czynności formalnych i prawnych niezbędnych do zapewnienia poprawności przebiegu postępowania związanych z powyższą zmianą.

Odwołujący podniósł, że w pkt 6.1.2.2 siwz Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia o treści „Wymagane jest wykonanie jednej roboty (na podstawie jednej umowy) obejmującej swym zakresem zaprojektowanie i budowę tężni solankowej zewnętrznej o wartości min. 1 400 000,00 zł brutto. Do wykazu należy dołączyć dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.” Podkreślił, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w formule „projektuj buduj” w dwóch etapach, tj. wykonanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie prac budowlanych. Sam Zamawiający wskazał na dwuetapowość zamówienia rozdzielając wynagrodzenie na dwie części j.w. O etapowości zamówienia świadczą również różne terminy na wykonanie poszczególnych prac.

Sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w postaci wykazania się doświadczeniem w pracach projektowych oraz budowy tężni w ramach jednej umowy uniemożliwia ubieganie się o zamówienie profesjonalnym wykonawcom, którzy nabyli wymagane doświadczenie, ale na podstawie oddzielnych zamówień. Warunek ten uniemożliwia również ubieganie się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjów wykonawców, posiadających odrębne doświadczenie w pracach projektowych lub robotach budowlanych. Ponadto, Zamawiający żąda doświadczenia w realizacji zamówienia w takiej samej formule (projektuj, buduj), tego samego rodzaju (budowa tężni) o wartości stanowiącej ponad 93% wartości szacunkowej zamówienia (1 500 000zł). Odwołujący wskazał, że w doktrynie rozróżnia się pojęcia tożsamości i identyczności zamówień. Zamawiający ma prawo żądać doświadczenia tożsamego do przedmiotu zamówienia ale nie identycznego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, poprzez żądanie doświadczenia w wykonaniu projektu oraz budowy tężni w ramach jednej roboty (umowy) naruszył zasadę proporcjonalności, co skutkuje ograniczeniem kręgu wykonawców, oraz eliminacją z postępowania wykonawców dających gwarancję należytej i prawidłowej realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 28 grudnia 2016 r. zamieścił kopię odwołania na własnej stronie internetowej.

W ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. w terminie trzech dni od dnia 28 grudnia 2016 r. żaden wykonawca nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 2 stycznia 2017 r., złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie, że uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu i dokonał w tym dniu, tj. 2 stycznia 2017 r. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, przesyłając w załączeniu ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 49-2017 z dnia 2 stycznia 2017 r. oraz zmianę do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć. Izba zważyła, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego, stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: