

Sygn. akt: KIO/UZP 1259/08

WYROK
z dnia 21 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Marek Koleśnikow Izabela Kuciak
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38/802A, 00-355 Warszawa, ABM Wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne Anna i Bartosz Michalscy s.c., ul. Lipowa 65, 44-100 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** protestu z dnia 15 października 2008 r.

przy udziale **Modern Construction Systems Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 1, 60-198 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38/802A, 00-355 Warszawa, ABM Wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne Anna i Bartosz Michalscy s.c., ul. Lipowa 65, 44-100 Gliwice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38/802A, 00-355 Warszawa, ABM Wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne Anna i Bartosz Michalscy s.c., ul. Lipowa 65, 44-100 Gliwice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38/802A, 00-355 Warszawa, ABM Wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne Anna i Bartosz Michalscy s.c., ul. Lipowa 65, 44-100 Gliwice.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie usług projektowych pn. Modernizacja stadionu przy ul. Bukowej w Katowicach”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2008 roku pod numerem 2008/S 162-219222.

Dnia 8 października 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: BeMM Architekci sp. z o.o., ABM – Wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne Anna i Bartosz Michalscy s.c. (zwane dalej konsorcjum BeMM lub Odwołujący) oraz o czynności odrzucenia oferty Wykonawcy WS Atkins – Polska sp. z o.o.

Pismem z dnia 14 października 2008 roku (wniesionym faksem w dniu 15 października 2008 roku) Wykonawca Modern Construction Systems sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej Protestującym) wniósł protest zarzucając czynnościom Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiającemu zarzucił czynność polegającą na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum firm: BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38/802A, 00-355 Warszawa, ABM - wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne, Anna i Bartosz Michalscy s.c., ul. Lipowa 65, 44-100 Gliwice, jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z wymogami SIWZ, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, wskutek czego interes prawny został naruszony, gdyż przy prawidłowym postępowaniu Zamawiającego oferta w/w Wykonawcy powinna zostać odrzucona, a oferta wykonawcy protestującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty Konsorcjum firm: BeMM Architekci Sp. z o.o., ABM-wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne, Anna i Bartosz Michalscy s.c.,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny w/w oferty pod względem spełnienia wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) odrzucenie w/w oferty jako nie spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 4) wybór oferty Protestującego na wykonanie przedmiotowego zadania, jako jedynej ważnej i jedynej zgodnej z wymogami s.i.w.z. złożonej w postępowaniu.

Uzasadniając wskazał, iż decyzję Zamawiającego o wyborze oferty konsorcjum BeMM będącej przedmiotem niniejszego protestu nie można uznać za zasadną.

Przede wszystkim podniósł, iż wybrana oferta w najmniejszym nawet stopniu nie spełnia warunków i wymogów określonych w części III ust. 12 pkt 2 ppkt 2 oraz ust. 13 pkt 2 ppkt f specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie, bowiem z w/w, wykonawcy muszą posiadać *„doświadczenie oraz wykażą, że zaprojektowali, co najmniej jedno zadanie w okresie ostatnich 3 lat poprzedzających termin składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia rozumie się usługi związane z wykonaniem projektu budowlanego i wykonawczego nowego lub modernizowanego stadionu”*, a także:

„w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie”.

Oferta wybrana przez Zamawiającego nie spełnia w/w. Z dokumentacji załączonej przez "wygrywające" Konsorcjum nie wynikają ani przedmiotowe, ani finansowe podstawy do uznania tej oferty za najkorzystniejszą, a tym bardziej brak jest podstaw do przyjęcia w/w oferty do przetargu.

Biorąc pod uwagę powyższe, niniejszy protest – zdaniem Protestującego jest w pełni uzasadniony i zasługuje na jego uwzględnienie.

Pismem z dnia 16 października 2008 roku Zamawiający wezwał Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 20 października 2008 roku Wykonawca Konsorcjum BeMM przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Uzasadniając swoje przystąpienie Konsorcjum BeMM podniosło, iż podnoszone w złożonym proteście zarzuty są chybione, w istocie bowiem Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych ofert i następnie dokonał prawidłowego wyboru oferty wykonawcy - Konsorcjum: BeMM Architekci Sp. z o.o. ul. Tamka 38 lok. 802a, 00-355 Warszawa, ABM Wycena Nieruchomości, Projektowanie Architektoniczne Anna i Bartosz Michalscy s.c., ul. Lipowa 65 Gliwice 44-100. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na część III s.i.w.z.

-pkt. 13 litera f), zgodnie z zapisem, Zamawiający w zakresie dokumentów, jakich żądał od wykonawców znajduje się także - "wykaz wykonanych usług (liczba mnoga) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie odpowiadających (liczba mnoga) swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie." - wykładnia gramatyczna niniejszego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do następujących wniosków.

Wykonawca ma przedstawić wykaz usług wraz z referencjami, których łączna wartość i rodzaj odpowiada wartości przedmiotu zamówienia. Bez wątplenia Zamawiający to profesjonalista, który posługuje się dostatecznie precyzyjnymi określeniami, jednoznacznie formułując swoje oczekiwania. Stąd też gdyby faktycznie żądał, aby wykonawca przedstawił usługę - w liczbie pojedynczej - odpowiadającej łącznej wartości zamówienia - to z całą pewnością taka byłaby treść w/w zapisu s.i.w.z. Dlatego też uznać należy, iż subiektywna i nieuprawniona interpretacja zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dokonana przez protestującego wykonawcę jest stąd nieuzasadniona, nie zasługuje na uwzględnienie.

Dalej, wśród zarzutów prawa materialnego, na które powołał się protestujący wymienił jedynie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, zważyć należy, co następuje. Art. 7 ustawy Pzp wymaga, aby osoby występujące po stronie zamawiającego powinny być bezstronne i obiektywne w czasie przygotowania i prowadzenia postępowania. Ewentualny brak zachowania obiektywizmu bezstronności osób występujących po stronie zamawiającego wpływałby negatywnie na zachowanie uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców. Ustęp 3 art. 7 statuuje zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości trybu i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności. Zasada ta ma też znaczenie dla już zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, gdyż wyraźnie zakazuje dokonywania przejęcia długu po stronie wykonawcy, czyli wstąpienie innego wykonawcy w miejsce (obowiązki) wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, nawet za zgodą zamawiającego. Stąd też stawianie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego jest nieporozumieniem, zarzut ten jest niezasadny. Jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - ofertą niezgodną z ustawą i podlegającą tym samym odrzuceniu będzie oferta, która w jakikolwiek sposób uchybia przepisom prawa zamówień publicznych oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszanie przez nią przepisów o zamówieniach sprawia, że nie

może być przyjęta. Dla przykładu niezależnie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia za ofertę niezgodną z ustawą należy uznać ofertę złożoną w innym języku niż polski lub język powszechnie stosowany w handlu międzynarodowym. Ofertą niezgodną z ustawą będzie również oferta uchybiająca zasadzie jawności. Za takie należy bez wątpienia uznać żądanie poufności danych zawartych w ofercie lub żądanie ograniczenia kręgu osób, którym oferta będzie udostępniana. W świetle uchwały Sądu Najwyższego (III CZP 74/05) szczególnych czynności zamawiającego wymaga natomiast zastrzeżenie przez wykonawcę elementów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając powyższe na uwadze należy z całą mocą podkreślić, iż protestujący w ogóle nie wykazał, w jakim zakresie Zamawiający i w jaki sposób naruszył w/w przepis, nie podając w szczególności, w jakim zakresie oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z ustawą. W zakresie zaś punktu 2 ust. 1 art. 89 ustawy Pzp - protestujący myli się zarzucając Zamawiającemu naruszenie tej normy. Jak podniesiono powyżej z żądanego wykazu dokumentów i oświadczeń, nie wynika, przeciwnie do twierdzeń protestującego, aby Zamawiający żądał aby co najmniej jedna usługa wykonana przez wykonawcę odpowiadała swoją wartością przedmiotowi zamówienia. Dalej, podnieść należy, iż norma z art. 89 ust. 1 punkt 2 Pzp adresowana jest wyłącznie do Zamawiającego i jako taka nie może być przedmiotem zarzutów wywiedzionego protestu. Stąd też protestujący nie wskazał faktycznie jakichkolwiek rzeczywistych naruszeń prawa materialnego przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, Zdaniem Przystępującego, protest podlega oddaleniu jako nie zasługujący na uwzględnienie.

Przedmiotowe przystąpienie do protestu - wykonawca składa w trybie art. 181 ust. 4 i 5 Pzp, żądając przy tym uznania postawionych przez protestującego wykonawcę zarzutów za niezasadne i oddalenie w konsekwencji protestu.

W związku z powyższym, Przystępujący uważa, iż Jego interes prawny może doznać uszczerbku, gdyż ewentualne uznanie protestu spowoduje odrzucenie Jego oferty, która została uznana za najkorzystniejszą.

Zagrożenie interesu prawnego wykonawcy przyłączającego się do protestu po stronie Zamawiającego jest realne i prawdopodobne, co uzasadnia powyższe wystąpienie.

Dnia 24 października 2008 roku Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego uwzględnienie.

Uzasadniając wskazał, iż po przeanalizowaniu protestu stwierdził, że protest jest zasadny. Warunkiem udziału w postępowaniu było, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, że posiadają doświadczenie w projektowaniu odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o wszczęciu przedmiotowego postępowania

Zamawiający określił, że przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia rozumie usługi związane z wykonaniem projektu budowlanego i wykonawczego nowego lub modernizowanego stadionu. Wykonawcy: Konsorcjum firm, którego liderem jest BeMM Architekci sp. z o.o. oraz firma BAUREN Renke Piotr nie wykazali się doświadczeniem w wykonywaniu usług projektowania odpowiadającym swoją wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. o wartości takiej na jaką złożyli swoje oferty). Zamawiający w dniu 20.10.2008 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w/w wykonawców o uzupełnienie oferty o dokumenty zawierające błędy (tj. wykaz usług zawierający minimum jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, a także o brakujące dokumenty potwierdzające, że usługa ta wykonana została należycie). Wykonawcy w wyznaczonym terminie uzupełnili swoje oferty, jednak dokumenty te nadal nie potwierdzają, że zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający oświadczył, że w terminie późniejszym dokona ponownej oceny ofert.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Przystępujący i dnia 29 października 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując argumentację przedstawioną w treści przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości, a poprzez to oddalenie protestu,
- 2) utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Odwołującego (rozstrzygnięcie z dnia 8 października 2008r roku).

Odwołujący wskazał naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 183 ust. 1 pkt 3, 4 i pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust 1 pkt 2 oraz w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 6 oraz w związku z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 87, poz. 605).

Odwołujący stwierdził, iż posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę uzyskania zamówienia, gdyż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i uzyskała największa ilość punktów.

Dodatkowo wskazał, że w dniu 24.10.2008 r. Zamawiający uwzględnił wniesiony przez Protestującego protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty uznając, że Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu usług projektowania odpowiadającym swoją wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Doprecyzował też, iż wartością usług odpowiadającym usługom stanowiącym przedmiot zamówienia jest wartość złożonej oferty.

Uzasadnienie powyższej decyzji zaprezentowane przez Zamawiającego Odwołujący uznaje za całkowicie bezzasadne. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w części III SIWZ ust. 12.2 pkt 2 określił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest m.in. posiadanie doświadczenia w zakresie zaprojektowania, co najmniej jednego zadania w okresie ostatnich 3 lat (...), odpowiadającego swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia Zamawiający rozumie usługi związane z wykonaniem projektu budowlanego i wykonawczego nowego lub modernizowanego stadionu. Dla potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat (...) odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (część III ust. 13.2 lit. f s.i.w.z.).

Zamawiający formułując w s.i.w.z. wskazany wyżej warunek udziału nie posłużył się własnym jego opisem, lecz przywołał dosłowną treść § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający nie określił w s.i.w.z. w żaden sposób co rozumie pod pojęciem *"zadania odpowiadającego swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia"*. Nie wskazał w treści warunku minimalnej wartości usług, którą uzna za spełniającą określony przez niego warunek udziału. Zamawiający doprecyzował jedynie rodzaj i charakter zamówień potwierdzających spełnianie warunku. W takim wypadku wobec braku precyzyjnego określenia warunku udziału, Zamawiający winien zakwalifikować wykonawców, którzy nabyli doświadczenie w zakresie żądanej specjalności (doświadczenie porównywalne rodzajowo) choćby w minimalnym zakresie. Zamawiający nie może bowiem obciążać wykonawców odpowiedzialnością za brak precyzji w formułowaniu warunków udziału postępowania i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione, choć niedoprecyzowane warunki udziału.

Zasadnym by było, aby Zamawiający podczas określania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w zakresie realizacji zamówień porównywalnych cenowo z wartością przedmiotu zamówienia, określał ich wartość. Powyższe wynika z konieczności dokonania późniejszej oceny posiadanego doświadczenia i uniknięcia związanych z tym niejasności. Użyte w s.i.w.z. określenie, że wykonane usługi mają odpowiadać wartościowo przedmiotowi zamówienia nie daje podstaw do jednoznacznej oceny czy doświadczenie poszczególnych wykonawców spełniają określony przez Zamawiającego warunek udziału. Wobec tak sformułowanego warunku nie można dokonać oceny czy warunek udziału spełniać będzie wyłącznie wykonawca legitymujący się doświadczeniem o wartości równej wartości przedmiotu

zamówienia, czy też wykonawcy legitymujący się doświadczeniem o wartości wyższej lub też niższej i o ile niższej.

Powyższe wątpliwości są konsekwencją nie wskazania przez Zamawiającego w treści warunku minimalnej wartości usług, którą uzna za spełniającą określony przez niego warunek. Za brak sprecyzowania przez Zamawiającego warunku w tym zakresie nie może ponosić negatywnych konsekwencji wykonawca. Brak precyzji nie może też doprowadzić do uznaniowego sposobu oceny jego spełniania, gdyż tak opisany warunek *de facto* mógłby być inny dla każdego z wykonawców, jeżeli zgodnie z rozstrzygnięciem protestu odnosi się go do wartości składanych przez nich ofert. W związku z tym Zamawiający winien zakwalifikować przedstawione przez Odwołującego doświadczenie za porównywalne rodzajem i wartością z przedmiotem zamówienia. W tym miejscu należy wskazać, że zarówno Zamawiający, jak i Protestujący nie zakwestionowali, że doświadczenie Odwołującego jest porównywalne rodzajowo z przedmiotem zamówienia i pod tym względem spełnia wymogi SIWZ. Wobec tego całkowicie zasadnym był dokonany przez Zamawiającego w dniu 08.10.2008 r. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a całkowicie nieuprawnionym uznanie zasadności protestu.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający rozstrzygając protest wprowadził nie dokonał ponownej oceny oferty Odwołującego, zastrzegając dokonanie tej czynności w późniejszym terminie, niemniej już w samej treści rozstrzygnięcia stwierdził, że m.in. Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu usług projektowania odpowiadającym swoją wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Takie stwierdzenie Zamawiającego byłoby uprawnione jedynie po dokonaniu ponownej oceny ofert, a wobec nie dokonania tych czynności, Zamawiający był nieuprawniony do przesądzenia o spełnianiu przez Odwołującego warunków udziału w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający uwzględnił protest wniesiony przez firmę Modem Construction Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu pomimo, iż w proteście tym wykonawca w żaden sposób nie wykazał istnienia interesu prawnego do wniesienia protestu. Ponadto zasługuje na uwagę okoliczność, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podał błędne pouczenie o prawie wniesienia odwołania wskazując na termin 10 - dniowy, podczas, gdy zgodnie z treścią art. 4 ust. 2 ustawy z 4 września 2008 r. ustawy o zmianie ustawy -Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się znowelizowane przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem w przypadku, gdy zarówno protest, jak i przystąpienie do niego w niniejszej sprawie zostały złożone przed dniem 24 października 2008 r., termin do wniesienia odwołania określony jest wart. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w

brzemieniu sprzed nowelizacji, a zatem jest to termin 5 dni od dnia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.

Dnia 30 października 2008 roku Zamawiający wezwał Protestującego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 10 listopada 2008 roku do postępowania odwoławczego przystąpił, po stronie Zamawiającego Wykonawca Modern Construction Systems sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 183 ust. 1 pkt 3, 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 6 oraz w związku z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdziła, że zarzuty ten nie potwierdziły się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części III ust. 12 pkt 2 ppkt 2 postawił następujący warunek: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy jeśli spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, a także posiadają doświadczenie oraz wykażą, że zaprojektowali co najmniej jedno zadanie w okresie ostatnich 3 lat poprzedzających termin składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia rozumie się usługi związane z wykonaniem projektu budowlanego i wykonawczego nowego lub modernizowanego stadionu”.*

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający żądał przedłożenia (część III ust. 13 pkt 2 lit. f) „wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie”.

Odwołujący do oferty załączył wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat usług, wskazując ich wartość odpowiednio:

- 1) pozycja 1 – 140 300,- zł,
- 2) pozycja 2 – 29 280,- zł
- 3) pozycja 3 – 65 880,- zł
- 4) pozycja 4 – 71 980,- zł
- 5) pozycja 5 – 29 280,- zł
- 6) pozycja 6 – 29 280,- zł
- 7) pozycja 7 – 183 000,- zł
- 8) pozycja 8 – 280 600,- zł

oraz referencje.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2008 roku Odwołujący dnia 22 października 2008 roku uzupełnił, poprzez załączenie zaktualizowanego wykazu wykonanych prac projektowych dokumentację, w której wykazał się wykonaniem projektu budowlanego i wykonawczego modernizacji stadionu przy ul. Toruńskiej 60 (dokumentacja wielobranżowa) o wartości 549 000 zł.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że Odwołujący uzupełniając dokumentację, w dalszym ciągu nie wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu usług projektowania odpowiadającym swoją wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający dopisał w nawiasie, po ww. stwierdzeniu, : „tj. o wartości takiej na jaką złożyli swoje oferty”.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że Zamawiający stawiając warunek podmiotowy o treści jw. i żądając załączenia dokumentów w postaci wykazu i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie wykazanych prac, mógł ocenić złożone oferty w sposób prawidłowy, pozwalający na eliminację wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia przy realizacji projektów takich jak będący przedmiotem zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że opis warunku udziału w postępowaniu użyty przez Zamawiającego o treści „[...] odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia [...]” (III ust. 12 pkt 2 ppkt 2) pozwala na przyjęcie założenia, że Wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem przy realizacji zadań przynajmniej zbliżonych wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, zapoznając się z treścią ogłoszenia o zamówienia, bez problemu mógł stwierdzić, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 4 196 924,41 zł (sekcja II ustęp 2.1) i że Zamawiający opisując warunek w ww. sposób będzie mógł żądać wykazaniem się doświadczeniem na poziomie określonej wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący, który wykazał się doświadczeniem przy realizacji usług (rodzajowo odpowiadających warunkowi stawianemu przez Zamawiającego), wskazując jako maksymalną wartość wykonanego kontraktu, na poziomie 549 000,- zł nie może spodziewać się uznania przez Zamawiającego, że spełnia stawiany warunek.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że faktycznie Zamawiający bezpośrednio nie wykazał minimalnej wartości usług, od której będzie uznawał, że wykonawca spełnia stawiany warunek, jednakże bez najmniejszego problemu, wartość ta jest możliwa do ustalenia przez dokładne przeczytanie treści ogłoszenia o zamówienia.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący nie spełnia stawianego przez Zamawiającego warunku dotyczącego doświadczenia, Odwołujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Potwierdził się natomiast zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez nie powtórzenie oprotestowanej czynności. Zgodnie z wyżej cytowanym przepisem Zamawiający zobowiązany jest do powtórzenia oprotestowanej czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 24 października 2008 roku uznał, że protest jest zasadny i że w związku z powyższym w terminie późniejszym dokona ponownej oceny ofert. Tym samym nie wykonując dyspozycji z przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych naruszył ten przepis, jednakże w ocenie Izby pozostaje ono bez wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania, nie skutkuje również nieważnością postępowania, czy też innymi konsekwencjami mającymi wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*