

Sygn. akt KIO/UZP 480/09

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 29 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Jankowska

**Członkowie:** Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 29 kwietnia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT Spółka Akcyjna, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Miasto Inowrocław, ul. F. D. Roosvelta 36, 88-100 Inowrocław** protestu z dnia 30 marca 2009r.

**orzeka:**

**1 odrzuca odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **POLCOURT Spółka Akcyjna, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLCOURT Spółka Akcyjna, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych

Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT Spółka Akcyjna, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Inowrocław – prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na przebudowę stadionu miejskiego w Inowrocławiu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 marca 2009 roku pod numerem 57216-2009.

Zamawiający w sekcji III .2 ogłoszenia jako warunki udziału w postępowaniu wskazał, że 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj, 1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. a) wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. dniem 10 marca 2009 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co należy rozumieć wykonanie budowy lub przebudowy stadionu sportowego z boiskiem trawiastym, odwodnieniem, bieżnią tartanową, trybunami, budynkiem obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetleniem – o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł każda; b) dysponują osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach: konstrukcyjno-budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; instalacyjnej w zakresie sieci, , instalacji urządzeń elektrycznych; 3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiadają środki finansowe (lub zdolność kredytową) w wysokości co najmniej 2.000.000,00 zł, 4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana wg formuły spełnia – nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach (wymaganych przez zamawiającego i podanych w SIWZ) dołączonych do

wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca spełnia wyżej wymienione warunki. Ponadto za wykonanie jednej roboty budowlanej określonej w pkt. 2a zamawiający przyzna wykonawcy 1 pkt. Wykonawca, który otrzyma najwięcej punktów oraz spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu otrzyma najwyższą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ogłoszeniem z dnia 16 marca 2009 roku o zmianie ogłoszenia opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 64438-2009 zamawiający zmienił powyższą treść w ten sposób, że nadał jej następujące brzmienie:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. 1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. a) wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. dniem 10 marca 2009 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co należy rozumieć wykonanie budowy lub przebudowy stadionu sportowego z boiskiem z trawy naturalnej, bieżnią tartanową, trybunami ziemnymi, budynkiem obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetleniem boiska – o wartości ogółem co najmniej 4.000.000,00 zł (dopuszcza się wykazanie wykonania: boiska o nawierzchni z trawy naturalnej, bieżni tartanowej, trybun ziemnych, budynku obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetlenia boiska – w jednym lub w oddzielnych zadaniach); b) dysponują osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach: konstrukcyjno-budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; 3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiadają środki finansowe (lub zdolność kredytową) w wysokości co najmniej 2.000.000,00 zł, 4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać, że: - każdy z osobna – posiadają uprawnienia do działalności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp; - wspólnie muszą wykazać, że posiadają wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym, dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadają odpowiednie środki finansowe do wykonania zamówienia. 2. Ocena spełnienia

warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana według formuły spełnia – nie spełnia; w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, że wykonawca spełnia wyżej wymienione warunki. Lista rankingowa ustalona zostanie według poniżej opisanych zasad: za wykonanie każdego/każdej: - boiska o nawierzchni trawiastej – 1,5 pkt., - bieżni tartanowej – 2,0 pkt., - trybun ziemnych – 2 pkt., - budynku obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi – 4,0 pkt, - oświetlenia boiska – 0,5 pkt. Wykonawca, który otrzyma najwięcej punktów oraz spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu otrzyma najwyższą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 20 marca wykonawca „TAMEX Obiekty Sportowe” S.A. złożył protest na zmianę warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania i zażądał przywrócenia pierwotnego warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawodowego oraz pierwotnego sposobu oceny spełniania tego warunku.

Kopię protestu zamawiający zamieścił na stronie internetowej wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wykonawca POLCOURT S.A. nie przystąpił do postępowania.

Pismem z dnia 25 marca 2009 roku zamawiający uwzględnił protest wykonawcy „TAMEX Obiekty Sportowe” S.A. i dokonał zmiany brzmienia warunku na zbliżony do pierwotnie określonego w ogłoszeniu nr 57216.

Zamawiający dokonał zmiany brzmienia warunku dotyczą „wiedzy i doświadczenia” oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków i zamieścił go w Biuletynie Zamówień Publicznych w brzmieniu:

w sekcji III.2) pkt 1 ppkt 2 ogłoszenia:

„2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do jego wykonania, tj. a) wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonania, tj. dniem 10 marca 2009 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, przez co należy rozumieć wykonanie budowy, przebudowy lub modernizacji stadionu sportowego z boiskiem z trawy naturalnej, odwodnieniem, bieżnią o nawierzchni poliuretanowej, trybunami ziemnymi, budynkiem obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetleniem – o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł każda.”

„2. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana wg formuły spełnia – nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach

(wymaganych przez zamawiającego) i podanych w SIWZ) dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, iż wykonawca spełnia wyżej wymienione warunki. Ponadto za wykonanie jednej roboty budowlanej określonej w pkt 1 ppkt 2 lit. a zamawiający przyzna wykonawcy 1 pkt. Wykonawca, który otrzyma najwięcej punktów oraz spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu otrzyma najwyższą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Na czynność zamawiającego polegającą na zmianie ogłoszenia w sposób wskazany wyżej wykonawca POLCOURT S.A., zwany dalej Odwołującym się, wniósł protest do zamawiającego.

W proteście odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) zmianę ogłoszenia poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tych warunków, zgodnie z uzasadnieniem protestu,
- 2) skreślenie wymogu wykazania się w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzieleni zamówienia, tj. dniem 10 marca 2009 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, przez co należy rozumieć wykonanie budowy, przebudowy lub modernizacji stadionu sportowego z boiskiem z trawy naturalnej, odwodnieniem, bieżnią o nawierzchni poliuretanowej, trybunami ziemnymi, budynkiem obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetleniem – o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł;
- 3) przywrócenie zapisów odnośnie doświadczenia zawodowego określonego w ogłoszeniu z dnia 16 marca 2009 roku, tj. wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. dniem 10 marca 2009 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co należy rozumieć wykonanie budowy lub przebudowy stadionu sportowego z boiskiem z trawy naturalnej, bieżnią tartanową, trybunami ziemnymi, budynkiem obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetleniem boiska – o wartości ogółem co najmniej 4.000.000,00 zł (dopuszcza się wykazanie wykonania: boiska o nawierzchni z trawy naturalnej, bieżni tartanowej, trybun

ziemnych, budynku obsługi imprez sportowych z pomieszczeniami sanitarnymi, oświetlenia boiska – w jednym lub w oddzielnych zadaniach).

Zamawiający oddalił protest Odwołującego się. Odwołujący w dniu 14 marca 2009 roku, pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego, wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący się podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wyrażone w proteście.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie oraz po wysłuchaniu wyjaśnień pełnomocników stron złożonych na posiedzeniu zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą”, bowiem odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Jak wynika z akt sprawy i wyjaśnień zamawiającego kopię protestu wniesionego w dniu 19 marca 2009 roku przez wykonawcę „TAMEX Obiekty Sportowe” S.A. zamawiający zamieścił na stronie internetowej wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący się nie przystąpił do postępowania protestacyjnego i pozbawił się tym samym możliwości wnoszenia środka ochrony prawnej na zmianę treści ogłoszenia w zakresie wskazanym w proteście i odwołaniu.

Odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 koresponduje z przepisem art. 181 ust. 6 ustawy. Stosownie do tego przepisu, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego, wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Powyższa regulacja oznacza, że dana czynność zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Czynność wykonana w rezultacie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu będącego zastępstwem protestu wniesionego przez danego wykonawcę nie może być następnie przez niego kwestionowana. Ten sam zakaz dotyczy wykonawcy wezwanego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż protest i odwołanie dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Nie przystąpienie przez Odwołującego do postępowania protestacyjnego wszczętego na skutek protestu z dnia 19 marca 2009 r. pozbawiło Odwołującego się możliwości skutecznego wniesienia protestu i odwołania na czynności Zamawiającego podjęte w tym postępowaniu.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła jak w sentencji na podstawie art.187 ust. 4 pkt 6 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....