

Sygn. akt: KIO 1798/11

WYROK

z dnia 6 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 sierpnia 2011 r.** przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Inwestycje Świdnickie Sp. z o.o., ul. Rynek 38, 58-100 Świdnica**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Inwestycje Świdnickie Sp. z o.o., ul. Rynek 38, 58-100 Świdnica** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Inwestycje Świdnickie Sp. z o.o., ul. Rynek 38, 58-100 Świdnica** na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Inwestycje Świdnickie Sp. z o. o. z siedzibą Świdnicy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego na budowę Parku Wodnego w Świdnicy przy ul. Śląskiej/Sportowej.

W dniu 13 sierpnia 2011 r. zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz zamieścił instrukcję złożenia wniosku o dopuszczeniu w dialogu konkurencyjnym.

W dniu 22 sierpnia 2011 r. wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, jako dialogu konkurencyjnego odwołanie złożył wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż wybierając prowadzenie przedmiotowego postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego naruszył przesłanki uzasadniające wybór tego trybu a określone w przepisach art. 60a – 60e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, p;oz. 759 ze zm.) [dalej także „ustawa p.z.p.]. W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. jak też art. 29 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p.

Odwołujący wnosił o:

- 1) „unieważnienie dotychczasowej czynności Zamawiającego polegającej na ogłoszeniu przetargu w trybie dialogu konkurencyjnego;
- 2) zmianę trybu postępowania przetargowego z dialogu konkurencyjnego na postępowanie prowadzone w jednym z dwóch typów podstawowych t.j. nieograniczonym lub ograniczonym oraz powtórzenie przez Zamawiającego czynności związanych z ogłoszeniem o zamówieniu;
- 3) w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zastosowanego przez Zamawiającego trybu dialogu konkurencyjnego za właściwy do przeprowadzenia postępowania przetargowego - zobowiązanie Zamawiającego przez KIO do modyfikacji treści „Ogłoszenia o zamówieniu” przez doprecyzowanie innych niż cena (Waga 85) kryteriów udzielenia zamówienia takich jak koszty eksploatacji (Waga 10) oraz wartość techniczna (Waga 5), pozwalających na obiektywną weryfikację złożonych w ramach postępowania ofert.
- 4) nie zawężanie definicji „obiektu użyteczności publicznej o charakterze sportowo - rekreacyjnym” jedynie do: „parku wodnego, krytej pływalni, krytego obiektu rekreacji

wodnej”, lecz uwzględnienie także pozostałych obiektów należących do Klasy 1265 „Budynki kultury fizycznej” wg PKOB lub złagodzenie wielkości żądanych parametrów technicznych obiektu referencyjnego,

- 5) zniwelowanie rażącej dysproporcji pomiędzy maksymalną ilością punktów jaką może otrzymać Wniosek wykonawcy za „wiedzę i doświadczenie wykonawcy” i maksymalną ilością punktów przydzielanych za „osoby zdolne do wykonania zamówienia” - poprzez, co najmniej, zrównanie tych wielkości
- 6) nie ingerowanie w wewnętrzną strukturę organizacyjną wykonawcy poprzez rezygnację z żądania Specjalisty kluczowego nr 2 - Asystenta Przedstawiciela Wykonawcy
- 7) ujednoznacznienie wykształcenia i specjalizacji wymaganych od kierowników robót branżowych poprzez zastosowanie nazewnictwa zgodnego z obowiązującym prawem (Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dn. 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie).”.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że przedmiot postępowania, jakim jest budowa parku wodnego, czyli obiektu standardowego, który może być opisany szczegółowo w SIWZ wyklucza zastosowanie trybu postępowania, jakim jest dialog konkurencyjny. W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie nie można mówić o szczególnie złożonym charakterze zamówienia a przedmiot zamówienia mógł być opisany szczegółowo za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych bądź w przypadku zamówienia „zaprojektuj i wybuduj” za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Ewentualnie gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała wybór trybu dialogu konkurencyjnego za prawidłowy odwołujący wskazywał, iż za wyjątkiem ceny przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert tj. koszty eksploatacji oraz wartość techniczna nie są oparte na precyzyjnych i podlegających empirycznej weryfikacji kryteriach. Podnosił, iż ostateczna weryfikacja tych kryteriów obciążona będzie wysokim stopniem uznaniowości czy wręcz dowolności. Ponadto odwołujący wywodził, iż wobec żądania wykazania się osobą Asystenta/Przedstawiciela wykonawcy, posiadającego, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, jako Asystent Przedstawiciela Wykonawcy i/lub Managera Projektu, Dyrektora Kontraktu, Kierownika Zespołu w rozliczaniu kontraktów, przygotowaniu dokumentów kontraktowych i opracowywaniu raportów z postępu robót, w tym doświadczenia w pełnieniu funkcji asystenta przy przynajmniej 1 kontrakcie z zakresu budowy obiektu o charakterze sportowo–rekreacyjnym to tak określone wymogi bezzasadnie ingerują w wewnętrzne struktury organizacyjne potencjalnego wykonawcy, narzucając mu posiadanie takiego stanowiska co jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców. W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że zamawiający uznaje, zarówno

oceniając wiedzę i doświadczenie wykonawcy jak również osoby zdolne do wykonania zamówienia, jedynie: „park wodny, krytą pływalnię i kryty obiekt rekreacji wodnej” o bardzo wysokich parametrach technicznych i wartości zrealizowanych robót: powierzchnia zabudowy min. 10 000m², kubatura min. 40 000m³, powierzchnia lustra wody min. 500 m², wartość robót min. 50 000 000 zł netto. Mając na względzie wielkość udziału części basenowej w całości inwestycji w ocenie odwołującego nie wynika konieczność zastosowania przez zamawiającego aż tak wysokich wymogów, natomiast znacznie ogranicza to zachowanie uczciwej konkurencji i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. W dalszej kolejności odwołujący wywodził, iż niezrozumiałe jest żądanie dysponowania kierownikami robót branży „instalacyjno -inżynieryjnej” i branży elektrycznej z co najmniej 5 - letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika robót, podczas gdy od technologa ds. uzdatniania wody, kluczowego specjalisty w przypadku obiektu basenowego wymaga się jedynie 3 lat doświadczenia. Wymogi zamawiającego w tej mierze są więc zdaniem odwołującego niewspółmierne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ponadto - również w tym przypadku - wprowadza do treści „Ogłoszenia o zamówieniu” własną definicję „branży instalacyjno - inżynieryjnej” nakładając obowiązek posiadania uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w zakresie swojej specjalności. Nie precyzuje natomiast, o jaką specjalność Zamawiającemu chodzi. Odwołujący wskazywał również na dysproporcję pomiędzy punktowaniem wiedzy i doświadczenia wykonawcy a osobami zdolnymi wykonania zamówienia. Podnosił również, że zamawiający bezpodstawnie żąda dołączenia do wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego informacji o średniorocznym zatrudnieniu pracowników, podczas gdy nie stanowi to elementu podlegającego ocenie, jak też brak jest wymogu realizacji przedmiotu zamówienia siłami własnymi wykonawcy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Inwestycje Świdnickie Sp. z o. o. z siedzibą Świdnicy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego na budowę Parku Wodnego w Świdnicy przy ul. Śląskiej/Sportowej.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2011 r. pod numerem 2011/S 155-257871.

Zgodnie z pkt 3.2 Instrukcji złożenia wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie przez wykonawcę robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Parku Wodnego w Świdnicy przy ul. Śląskiej/Sportowej”. Przedmiot zamówienia jest obiektem zaliczającym się do

obiektów użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym. Ogólne dane obiektu to:

- 1) powierzchnia zabudowy – 11 000 m²;
- 2) kubatura – 43 000 m³;
- 3) powierzchnia zabudowy basenu – 4 806 m²;
- 4) powierzchnia lustra wody – 515 m².

W ramach inwestycji zamawiający planuje budowę m.in.:

- 1) basenu rekreacyjnego;
- 2) basenu sportowego;
- 3) basenu do nurkowania;
- 4) zespołu pomieszczeń fitness i siłowni;
- 5) baru z zespołem kręgielni;
- 6) pomieszczeń odnowy biologicznej.

Jednocześnie w pkt 4 Instrukcji zamawiający wskazał, iż celem dialogu konkurencyjnego będzie doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków technicznych wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w zaproszeniu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. Zakres zagadnień związanych z przedmiotem zamówienia podejmowanych podczas prowadzonego dialogu obejmować będzie między innymi, lecz nie ograniczając się do:

- 1) ustalenia zakresu robót budowlanych;
- 2) wyboru technologii;
- 3) ewentualne obszary wymagające doprecyzowania bądź modyfikacji zakresu prac ze względu na ograniczenia techniczne i czasowe;
- 4) kosztów eksploatacji;
- 5) funkcjonalności obiektu.

Izba ustaliła również, iż zgodnie z pkt 3 Protokołu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający podał następujące uzasadnienie wyboru trybu postępowania: „Podstawa prawna: art. 60b PZP. Uzasadnienie faktyczne: Niestandardowy przedmiot zamówienia – zamawiający konsultując posiadaną dokumentację techniczną z użytkownikami innych Parków wodnych posiadał informacje, że w stosunku do posiadanego projektu na rynku budowlanym zaszły znaczące zmiany, które mogą mieć wpływ na koszty budowy oraz eksploatacji obiektu. Wybór trybu jest uzasadniony chęcią uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości budowanego obiektu. Informacje pozyskane w tym trybie od potencjalnych oferentów umożliwią skonstruowanie odpowiedniego SIWZ.”.

Ponadto ustalono, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Czynność wyboru trybu dialogu konkurencyjnego do prowadzenia przedmiotowego postępowania jak i zapisy ogłoszenia o zamówieniu leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 60b ust. 1 ustawy p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- 1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia, nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- 2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Niemożliwość podyktowana szczególnie złożonym charakterem zamówienia, która w konsekwencji skutkuje niemożnością opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy p.z.p. stanowi zdaniem Izby podstawę do udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jednakże niemożliwość taka musi być obiektywna a nie wynikać jedynie z subiektywnego przekonania zamawiającego. W ocenie Izby z taką obiektywną przesłanką nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Aby można było uznać, że zamówienie ma szczególnie złożony charakter należałoby stwierdzić, że zamówienie to dotyczy przedmiotu, co do którego nie przyjęto jednolitych standardów, czy to w drodze normatywnej, czy też faktycznej przez działanie rynku. Mając na względzie opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia, fakt, iż zamawiający posiada projekty budowlane i wykonawcze nie sposób uznać, iż mamy do czynienia z zamówieniem szczególnie złożonym. Skoro zamawiający dysponuje zarówno dokumentacją projektową jak i

specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych obejmujące cały przedmiot zamówienia to nie wystąpiła niemożność opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 31 ustawy p.z.p., uzasadniająca wybór trybu dialogu konkurencyjnego. Wobec stwierdzenia przez zamawiającego, że w stosunku do posiadanego projektu na rynku budowlanym zaszły znaczące zmiany, które mogą mieć wpływ na koszty budowy oraz eksploatacji obiektu zasadnym było rozważenie zmiany, aktualizacji posiadanego projektu w taki sposób, aby uwzględniał najnowsze technologie, rozwiązania, wiedzę zdobytą przez zamawiającego. Powyższe w ocenie Izby nie wyczerpuje przesłanki z art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. Znamienne pozostaje stwierdzenie zamawiającego, że „wybór trybu uzasadniony jest chęcią uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości budowanego obiektu”. Bezsprzecznie chęć uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości budowanego obiektu nie mieści się w dyspozycji art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. Nie może się ostać również stwierdzenie zamawiającego, że za inwestycję standardową można byłoby uznać budowę jednego basenu, ale już nie budowę kilku budynków oraz basenów składających się na kompleks rekreacyjno-sportowy. Zarówno rozwiązania funkcjonalne, technologiczne, jak i usadowienie w infrastrukturze terenowo-uzbrojeniowej musiały i mogły być uwzględnione podczas tworzenia całej dokumentacji technicznej, którą zamawiający zlecił wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą p.z.p., gdyż uwarunkowane jest to przepisami prawa budowlanego. Dokumentacja taka zgodnie z art. 31 ustawy p.z.p., mogła być podstawą opisu przedmiotu zamówienia w ramach trybów konkurencyjnych, co de facto potwierdza brak obiektywnych przesłanek uzasadniających wybór trybu dialogu konkurencyjnego. Będący w posiadaniu zamawiającego koreferat opracowanego projektu budowlanego wskazujący wiele możliwych potencjalnych zmian (zarówno w aspekcie technicznym jak i funkcjonalnym) nie przesądza o niemożliwości opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy p.z.p., gdyż w posiadaniu takiego opisu zamawiający już jest. Opracowanie to wskazuje raczej na ewentualne błędy, niedokładności, czy też potencjalne możliwości zmiany projektu. Posiadana analiza może być przyczynkiem do zmiany projektu jednak nie stanowi w ocenie Izby obiektywnej przesłanki uzasadniającej wybór trybu dialogu konkurencyjnego. Jak wskazuje sam zamawiający prowadzenie dialogu ma doprowadzić do zmiany posiadanej dokumentacji technicznej a nie do przewyciężenia niemożliwości opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy p.z.p.

Wobec nakazania zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania, jako skutku dalszego, Izba pominęła w swoich rozważaniach kwestie ewentualne zgłoszone przez odwołującego a odnoszące się do treści ogłoszenia o zamówieniu.

Mając na względzie powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....