

WYROK

dnia 13 maja 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2008 roku odwołania wniesionego przez:

A. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

B. Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Miasto Gliwice protestów z dnia 11 i 17 kwietnia 2008r.

orzeka:

I. Oddala odwołania;

II. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości po 2.032 zł. (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez

Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego

S.A. z siedzibą w Gliwicach

2) dokonać wpłaty kwoty po 280 zł. (słownie: dwieście osiemdziesiąt złotych) przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. z

siedzibą w Katowicach i Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego

3) dokonać zwrotu kwot po 37.968 zł. (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień

Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i Gliwickiego Przedsiębiorstwa

Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miasto Gliwice na „Budowę krytego basenu na Kąpielisku Leśnym w

Gliwicach” opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 05 kwietnia 2008r. pod numerem 2008/S 67-090240, Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa

Ogólnego i Usług Technicznych Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł w dniu 11 kwietnia 2008r. protest na treść ogłoszenia o zamówieniu publicznym prowadzonym w trybie

przetargu nieograniczonego w zakresie punktu III.2.3 oraz na treść postanowień Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt. 8.1.b. Zarzucił naruszenie dyspozycji art. 7

ust. 1 pzp, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 2 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu i wykazu wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia.

Wniósł o: unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ustawy – Prawo

zamówień publicznych (dalej: Pzp). W dniu 17 kwietnia 2008r. na powyższy zapis SIWZ – pkt. 8 b. protest złożyło Gliwickie

Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach. Zarzuciło naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 2 pzp oraz § 1 rozp. Prezesa

Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w spr. rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wniosło o: zmianę zapisu dotyczącego wartości wykonanych robót i wprowadzenie w to miejsce zapisu, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać się, że „... wykonał co najmniej

2 kryte baseny”.

Zamawiający w dniu 21.04.2008r. rozstrzygnął protesty przez ich oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięć wskazał, że określone przez niego warunki udziału w postępowaniu w tym w zakresie doświadczenia zawodowego są adekwatne do rodzaju zamówienia i stopnia jego skomplikowania oraz wartości. Podkreślił, że wartość zamówienia jest kilkukrotnie wyższa od wartości zadania wymaganego dla potwierdzenia doświadczenia zawodowego. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał, że przez wprowadzenie zapisu dot. doświadczenia nie naruszył zasad uczciwej konkurencji, zaś wymagając wykazania się przez wykonawców stosownymi dokumentami na okoliczność potwierdzenia wymaganego doświadczenia postąpił zgodnie z rozporządzeniem Prezesa RM - w spr. rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Protestującym w dniu 25.04.2008r. za pośrednictwem faksu. Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 30.04.2008 r. złożyło odwołanie Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych Śląsk Sp. z o.o. i tego samego dnia przekazało kopię odwołania Zamawiającemu. Odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 pzp.

Skarżący zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji: art. 7 ust. 1 pzp, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 2 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu i wykazu wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia. Wniósł podobnie jak w proteście o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że żądane przez Zamawiającego wymagania utrudniają uczciwą konkurencję ponieważ zawężają krąg podmiotów potencjalnych wykonawców. Odwołujący podniósł, że posiada potencjał i doświadczenie w realizacji krytych basenów, gdyż w okresie ostatnich pięciu lat wykonał kryty basen o wartości przekraczającej 20 mln. złotych i basen kryty o wartości przekraczającej 8 mln. złotych. Wykonał również basen odkryty o wartości ponad 13 mln. złotych, a nadto jest w trakcie realizacji innego, krytego basenu. Mimo to, nie może wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 29.04.2008r. odwołanie złożyła spółka Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego. Zarzuciła naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp, art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 2 pzp oraz § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w spr. rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wniosła o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dyskryminuje kwestionowanym zapisem dotyczącym doświadczenia wykonawców ubiegających się indywidualnie o wykonanie zamówienia na rzecz konsorcjów. Według Odwołującego świadczy o tym rozstrzygnięcie protestu w pkt. 5 (str. 2 uzasadnienia). Odwołujący wskazał, że może wykazać się trzema budowlami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia wartymi łącznie ponad 17.100.000 zł. Jednak sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia mu udział w nim.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały stanowiska. Zamawiający podniósł, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 34.000.000 zł. brutto.

Przedmiotem zamówienia jest basen kryty o wymiarach olimpijskich, wymagający dla dopuszczenia do użytkowania zgodnego z przeznaczeniem stosownych homologacji. Z powyższych względów oczekuje od wykonawców wylegitymowania się ugruntowanym doświadczeniem w realizacji obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. basenów krytych. Zamawiający podniósł, że według jego wiedzy na dzień dzisiejszy jest siedmiu wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu, o czym

świadczą zapytania do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a poza odwołującymi się żaden z zainteresowanych wykonawców nie zakwestionował warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia. Powyższe, w ocenie Zamawiającego świadczy o tym, że co najmniej pięciu wykonawców spełnia warunek i może wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, tym samym nie ogranicza uczciwej konkurencji.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje: Odwołania Wykonawców Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych

Śląsk Sp. z o.o. i Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. są niezasadne i jako takie podlegają oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 pzp.

Jak wynika z treści ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego wartość szacunkowa zamówienia wynosi 7.192.584,22 Euro, co stanowi równowartość 34.000.000,00 złotych

brutto. Wobec takiej wartości zamówienia Zamawiający postawił warunek dotyczący doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia

m.in. w ten sposób, że zażądał wykazania się w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania (a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie)

ukończeniem z należytą starannością co najmniej dwóch zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. „wykonaniem co najmniej 2 krytych basenów o wartości nie mniejszej niż 10.000.000 zł. brutto każdy” (pkt. 8 1b. SIWZ). Analogiczny zapis zamieścił w treści opublikowanego ogłoszenia o udzielenie zamówienia. Stosownie do dyspozycji art. 22 pzp zamawiający jest uprawniony do postawienia takiego warunku podmiotowego w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawców, który zagwarantuje, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany prawidłowo, rzetelnie i zgodnie ze sztuką. Istotne jest, aby postawiony warunek graniczny, który powinni spełniać wszyscy wykonawcy, był ściśle związany z przedmiotem zamówienia i nie utrudniał uczciwej konkurencji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt. 8 1b. SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego jest adekwatny do przedmiotu zamówienia zarówno w zakresie rodzaju, jak i wartości wykonanych prac. Należy mieć na uwadze, że żądanie wylegitymowania się budową basenu krytego, bez zawężenia tych prac do określonych gabarytów obiektu, bądź innych cech szczegółowych definiujących jego przeznaczenie, w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia, jakim jest wykonanie basenu krytego o gabarytach olimpijskich stanowi właśnie o nie ograniczaniu zasad uczciwej konkurencji. W stosunku natomiast do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia postawiony warunek nie może być uznany obiektywnie za wygórowany, ponieważ realizacja basenów o wartości każdy po 10.000.000 zł. stanowi niespełna ułamek 2/3 przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa w sprawach z zakresu zamówień publicznych uznaje się za warunek wygórowany dotyczący wartości zrealizowanych prac i nie adekwatny do przedmiotu taki, który określa górną granicę prac objętych doświadczeniem zawodowym znacznie powyżej wartości szacunkowej zamówienia (por. np. wyrok Z.A z dnia 21 grudnia 2006 r., UZP/ZO/0-2969/06). W niniejszej sprawie taka sytuacja nie ma miejsca. Przeciwnie, wymóg wykazania się realizacją dwóch inwestycji po 10.000.000 zł każda (czyli 1/3 wartości przedmiotowego zamówienia) nie daje podstaw do uznania tak postawionego warunku za wygórowany, ograniczający uczciwą konkurencję i dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom. W świetle przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie zestawienia udzielonych zamówień publicznych na budowę krytych basenów w okresie 2005-2008 o wartości powyżej 10.000.000 zł. stwierdzić należy, że są podmioty realizujące zamówienia o takich wartościach na rynku krajowym, przy czym należy mieć na uwadze, że zamówienie mogą realizować przedsiębiorcy z terenu całej Unii Europejskiej. Odwołujący się poza ogólnymi twierdzeniami, że postawiony warunek może ograniczać udział w postępowaniu innym, potencjalnym wykonawcom, w żaden sposób tego twierdzenia nie udowodnili. Z treści złożonych odwołań wynika, że domagają się, aby Zamawiający ukształtował warunek doświadczenia w taki sposób, by wykazane przez nich konkretne realizacje zostały uznane za wystarczające dla spełnienia warunku. Taka wykładania kompetencji zamawiających z ustawy – Prawo zamówień publicznych jest błędna. Zamawiający nie może bowiem kształtować warunków podmiotowych udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne pod sytuację ekonomiczną konkretnych wykonawców. Wówczas naraziłby się na zarzut ograniczenia uczciwej konkurencji. Nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego - Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego jakoby Zamawiający dyskryminował wykonawców ubiegających się indywidualnie o wykonanie zamówienia na rzecz konsorcjów, na co w ocenie Odwołującego wskazywać ma rozstrzygnięcie protestu w pkt. 5 (str. 2 uzasadnienia). Zamawiający wskazał bowiem wyłącznie na dopuszczalność wzięcia udziału w postępowaniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, powołując się na przepis art. 23 pzp oraz zapis SIWZ w pkt. 8 precyzujący warunki uczestnictwa konsorcjów. W świetle

rozstrzygnięcia protestu i treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uprawniony jest wniosek, że Zamawiający adresuje zamówienie wyłącznie do wykonawców ubiegających się wspólnie o jego udzielenie. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie zostało wykazane naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp i art. 22 ust. 1 pkt. 2, ust. 2 pzp i nie ma podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, Zamawiający może żądać złożenia przez wykonawców stosownego wykazu wykonanych prac referujących się do postawionego warunku, zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 pzp orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....