

Sygn. akt KIO/UZP 80 /09

**WYROK**  
**z dnia 30 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Członkowie:** Agnieszka Trojanowska  
Renata Tubisz

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** protestu z dnia **30 grudnia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 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 uiszczanego przez **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**.

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na wybór generalnego wykonawcy robót budowlanych dla całości zadania pn.: „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”, nr sprawy ZP/C/2/2008, zostało wszczęte przez Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 245-326195 w dniu 17.12.2008 r.

W Sekcji III.2.3 ogłoszenia Zdolność techniczna: Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Na potwierdzenie spełniania wymogów w zakresie zdolności technicznej do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający określił, iż należy dołączyć m.in.: 1. Wykaz wykonanych (zakończonych) robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście. - Załącznik nr 3.

Określił także minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

A. Zamawiający wymaga, aby wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu zadaszenia o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego.

W dniu 30.12.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” firma: Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A 02-673 Warszawa zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest z dnia 29.12.2008 r. na czynność Zamawiającego polegającą na sporządzeniu treści Ogłoszenia o zamówieniu, zwanego dalej: „ogłoszeniem” z naruszeniem przepisów Pzp. Protestujący podniósł, iż wymaganie sekcji III.2.3 ogłoszenia - Zdolność techniczna, odnoszące się do wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w szczególności do wymagania wykonania przez wykonawcę (...) co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadaszenia o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu

sportowego - narusza postanowienia art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Działanie Zamawiającego, polegające na nieuprawnionym określeniu warunku doświadczenia narusza interes prawny Protestującego, bowiem jak wskazał odstąpienie przez Zamawiającego od wymogów nałożonych na niego na podstawie przepisów prawa powszechnego prowadzi do naruszenia naczelnych zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, przez co pozbawia Protestującego możliwości ubiegania się i uzyskania przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym zażądał zmiany oprotestowanej treści ogłoszenia poprzez doprowadzenie jego treści do stanu zgodnego z przepisami Pzp i wykreślenie sformułowania „z pokryciem poliwęglanowym”.

Uwzględniając niniejszy protest, zdaniem Protestującego, Zamawiający powinien zmodyfikować następującej postanowienie ogłoszenia:

- pkt III.2.3) Zdolność techniczna, minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów ppkt A) - w zakresie żądania wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu (...) co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym (...).

Zgodnie z postawionym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu warunkiem udziału w postępowaniu odnoszącym się do doświadczenia wykonawcy, zobowiązany jest on do wykonania m.in.: „co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego”.

W tym miejscu Protestujący zaznaczył, iż nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do kształtowania warunków udziału w postępowaniu, w sposób, który pozwoli mu na wybór wykonawcy rzetelnego, zdolnego do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz żądania dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jednakże dokonując tych czynności Zamawiający musi pamiętać o adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia, braku nadmierności oraz racjonalności, jak również o przestrzeganiu zasad uczciwej konkurencji. Z naruszeniem powyższych zasad mamy do czynienia przy wymaganiach odnoszących się do doświadczenia wykonawcy. Nie można zgodzić się, bowiem zdaniem Protestującego, z postawionym przez Zamawiającego warunkiem dotyczącym doświadczenia w zakresie wymagania wykonania zadania z pokryciem poliwęglanowym, gdyż tak postawiony warunek udziału w postępowaniu ogranicza dostęp do uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Wykonawców zdolnych do jego wykonania. Warunek wykazania się wykonaniem zadania z pokryciem poliwęglanowym znacznie zawęży potencjalny krąg wykonawców. Należy przy tym podkreślić, iż ciężar płyt poliwęglanowych jest co najmniej kilkukrotnie mniejszy od pokrycia

np. ze szkła lub blachy wraz z ociepleniem i membraną. W związku z powyższym, konstrukcja nośna nie musi być tak ciężka oraz wymagająca wykonawczo i technologicznie.

Montaż płyt z poliwęglanu jest dużo mniej skomplikowany w porównaniu z innymi rozwiązaniami ze względu na niski ciężar elementów oraz możliwość używania tylko lekkich elektronarzędzi. Ponadto przy wykonywaniu pokrycia z płyt poliwęglanowych nie jest konieczne przestrzeganie rygorystycznych dokładności wykonania przygotowywanych elementów ze względu na możliwość ciecicia i formowania płyt bezpośrednio na budowie. Tym samym, do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędne są wyłącznie wiedza i doświadczenie techniczne w zakresie wykonywania podobnych prac, a warunek wykonania zadania z pokryciem poliwęglanowym jest bezzasadny merytorycznie i powinien zostać skreślony. Zauważył, iż wiedzę i doświadczenie techniczne nabywa się w toku wykonywania robót budowlanych, a posiadanie takiej cechy warunkuje prawidłowe wykonanie prac. Warunek, którego spełnienia Zamawiający wymaga od wykonawców, nie koreluje z zakresem umiejętności niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego. Mając powyższe na uwadze stwierdził, iż jest to warunek nieuzasadniony i prowadzący do ograniczenia konkurencji. Wskazał, iż celem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty w świetle opisanego przedmiotu zamówienia, a postawione warunki udziału w postępowaniu nie mogą mieć na celu ograniczenia kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...). Wprawdzie Zamawiający ma prawo do każdorazowego kształtowania warunków udziału w postępowaniu jednakże warunki te muszą mieścić się w przywołanej powyżej dyspozycji art. 22 ust. 1 Pzp. Dlatego też, postawiony warunek udziału w postępowaniu uznać należy za warunek w sposób oczywisty niewłaściwy, nie wynikający z realnych potrzeb zamówienia i ograniczający dostęp do postępowania doświadczonym przedsiębiorcom budowlanym. Opisując w ten sposób przedmiotowy warunek Zamawiający w sposób nieuzasadniony może zawążyć krąg wykonawców mogących złożyć prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę. Jednocześnie należy podkreślić, iż zawężenie to nie ma żadnych podstaw technologicznych, ani żadnego znaczenia z punktu widzenia doświadczenia wykonawcy niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 30.12.2008 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej kopię protest i wezwał zainteresowanych Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. Na etapie protestu miało miejsce przystąpienie, które nie zostało ponowione na etapie odwołania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 08.01.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, iż Protestujący w uzasadnieniu protestu podniósł, iż: *„(...)Wnoszący protest nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do kształtowania warunków udziału w postępowaniu, w sposób, który pozwoli mu na wybór wykonawcy rzetelnego, zdolnego do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz żądania dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jednakże dokonując tych czynności Zamawiający musi pamiętać o adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia, braku nadmierności oraz racjonalności, jak również o przestrzeganiu zasad uczciwej konkurencji.”*

Następnie określił, iż stawiając warunek aby: *„Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo-stalowej dla obiektu sportowego”* nie naruszył żadnej z tych zasad.

Wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest zadanie widowni oraz (...), natomiast w rozdziale II. 1.5) ogłoszenia (Krótki opis zamówienia) w punkcie B wyszczególniono, jako roboty podstawowe, wykonanie konstrukcji stalowej zadania poliwęglanem widowni na około 50 000 miejsc. Postawiony warunek jest więc, w jego ocenie, w sposób oczywisty adekwatny do przedmiotu zamówienia. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, a więc w przedmiocie niniejszego zamówienia wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zadania poliwęglanem jako podstawowy element zamawianych robót budowlanych. Zwrócił uwagę na fakt, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest zarówno postawienie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nadmiernych w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i zbyt łagodnych, a więc poszerzających krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie.

Z ostrożności proceduralnej odniósł się również do błędnego twierdzenia Protestującego, że: *„(...) do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędne są wyłącznie wiedza i doświadczenie techniczne w zakresie wykonywania podobnych prac, warunek wykonania zadania z pokryciem poliwęglanowym jest bezzasadny merytorycznie i powinien zostać skreślony.”* Twierdzenie to jest błędne, gdyż zdaniem Zamawiającego, wykonywanie pokryć dachowych z poliwęglanu na tak dużych powierzchniach (w niniejszym zamówieniu powierzchnia dachu wynosi ok. 43 000 m<sup>2</sup>) wymaga, ze względu na specyfikę technologii i wymogi bezpieczeństwa robót, wiedzy i doświadczenia w wykonawstwie właśnie zadań poliwęglanem. Zamawiający, żądając wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu zadań poliwęglanem, ma na celu uzyskanie gwarancji poprawności wykonanego zadania, a szczególnie szczelności jego pokrycia,

zarówno po wykonaniu robót jak i w trakcie długotrwałego funkcjonowania obiektu, Aby wykonawca to gwarantował, musi:

1. posiadać wiedzę i doświadczenie oraz opanować technologię obróbki płyt z tworzywa sztucznego (jakim jest poliwęglan) z odpowiednim wyposażeniem w sprzęt do pracy z tym materiałem,
2. posiadać wiedzę i doświadczenie oraz opanować technologię systemu połączeń płyt wielkoformatowych z poliwęglanu,
3. posiadać wiedzę i doświadczenie oraz opanować technologie mocowania i uszczelniania płyt wielokomorowych na dużych powierzchniach dachowych,
4. posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie bezpieczeństwa pracy przy wykonywaniu prac montażowych na konstrukcjach dachowych o powłokach nie nadających się do bezpośredniego chodzenia po nich,
5. posiadać wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu konstrukcji zadaszenia pod płyty poliwęglanowe. Konstrukcja ta jest systemem technologicznym, który wymaga ścisłej współpracy z projektantem przy rozwiązywaniu detali konstrukcyjnych na etapie wykonawstwa.

Wymóg doświadczenia przy wykonywaniu zadaszeń poliwęglanem o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> obiektów sportowych ma bardzo duże znaczenie dla Zamawiającego także ze względu na krótki (22 miesiące) i absolutnie nieprzekraczalny termin wykonania robót. Zamawiający nie może dopuścić do przetargu wykonawców, którzy technologię wykonywania zadaszeń poliwęglanem będą opanowywać w trakcie robót.

W dniu 16.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazał, iż Zamawiający sporządzając ogłoszenie naruszył:

- art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu zdolność techniczna, odnoszącego się do wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w szczególności do wymagania wykonania przez wykonawcę (...) co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadaszenia o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego niezgodne z Pzp, co w konsekwencji powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia poprzez doprowadzenie jego treści do stanu zgodnego z Pzp i wykreślenie sformułowania „z pokryciem poliwęglanowym”.

Działanie Zamawiającego, polegające na nieuprawnionym określeniu warunku doświadczenia narusza interes prawny Odwołującego, bowiem odstąpienie przez Zamawiającego od wymogów nałożonych na niego na podstawie przepisów prawa powszechnego prowadzi do naruszenia naczelnych zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, przez co może pozbawić Odwołującego możliwości ubiegania się i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podtrzymuje wszystkie zarzuty z protestu odnośnie naruszenia wymienionych w nim przepisów Pzp uzupełniając je niniejszym o ustosunkowanie się do oddalenia protestu przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego, argumenty przytaczane przez Zamawiającego nie uzasadniają postawienia jako warunku udziału w postępowaniu konieczności wykonania przez wykonawcę (...) co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego.

Odwołujący podtrzymał, jak w proteście, iż Zamawiający ustalając warunek udziału w postępowaniu powinien pamiętać o adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia, braku nadmierności oraz racjonalności. Stwierdził, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, iż wykonanie konstrukcji stalowej zadania poliwęglanem widowni na około 50.000 miejsc jest wymienione jako roboty podstawowe.

W tym miejscu wskazał, iż niezrozumiałym jest zastosowanie wymagania przekrycia poliwęglanem jako głównego warunku, skoro element ten jest nisko kosztowym poszyciem (ok. 5% wartości kontraktu), a głównym elementem przekrycia (również kosztowym) jest konstrukcja stalowa. To konstrukcja stalowa, zdaniem Odwołującego, jako główny element przekrycia jest najistotniejszym z uwagi na bezpieczeństwo osób pod nim przebywających elementem przekrycia, zaś poliwęglan stanowi jedynie poszycie wierzchnie chroniące widzów przed warunkami atmosferycznymi. W opinii Odwołującego, wymagane doświadczenie powinno odnosić się *de facto* do konstrukcji stalowej. Poliwęglan to materiał jedynie osłonowy nie pełniący żadnej roli konstrukcyjnej.

Na marginesie dodał, iż fakt że jest on zamontowany na hali magazynowej, czy na obiekcie sportowym (w szczególności stadionie) nie ma żadnego znaczenia dla technologii wykonania zadania i nabytego doświadczenia a wydaje się, iż służy tylko i wyłącznie ograniczeniu konkurencji i możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Doświadczenie w montażu zadania poliwęglanowego na takiej, czy innej powierzchni także nie ma znaczenia, ponieważ to nie poliwęglan stanowi tu o trudności tego zadania.



Nie odpowiada on za bezpieczeństwo 50.000 ludzi pod dachem, bo taką rolę przejmuje masywna konstrukcja stalowa.

Zamawiający nazywa dalej „zadaszenie poliwęglanem” „podstawowym elementem zamawianych robót budowlanych” a przecież, zdaniem Odwołującego, najważniejszym elementem robót nie można nazwać elementu „ochronnego”.

Podnoszenie przez Zamawiającego tego materiału i trudności technologicznych z jego wykonaniem do rangi nadzwyczajnej nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistym stopniu skomplikowania wykonywania przekryć dachowych z wykorzystaniem poliwęglanu i w opinii Odwołującego jako doświadczonego wykonawcy robót budowlanych jest nieodpowiedzialne pod względem konstrukcyjnym. Tym samym nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, iż konieczność posiadania doświadczenia w wykonywaniu zadaszenia poliwęglanem jest adekwatna do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie wskazał, iż system połączeń płyt poliwęglanowych przewiduje stosowne uszczelki, a szczelność uzyskuje się przez wykonanie połączeń ściśle według wskazówek projektu wykonawczego.

Odnosząc się z kolei do argumentu Zamawiającego, że Wykonawca, aby gwarantował poprawność wykonania zadaszenia musi m.in. „posiadać wiedzę i doświadczenie oraz opanować technologię obróbki płyt z tworzywa sztucznego (jakim jest poliwęglan) z odpowiednim wyposażeniem w sprzęt do pracy z tym materiałem, (...)”, wskazał, iż płyty poliwęglanowe produkowane są w specjalistycznych wytwórniach, zgodnie ze projektem wykonawczym. Elementy, podobnie jak przy pokryciach szklanych przychodzą na budowę w gotowych pociętych formatkach o konkretnych wymiarach o wykończonych i zabezpieczonych krawędziach zatem dodatkowa obróbka ręczna tychże elementów na budowie ograniczona jest do minimum.

Ponadto jak wskazał w proteście Odwołujący do montażu zadaszenia poliwęglanowego konieczne jest stosowanie mniej skomplikowanych urządzeń, niż w przypadku innego rodzaju pokryć.

Ponadto, nie można, jego zdaniem, zgodzić się z Zamawiającym, iż argumentem uzasadniającym konieczność postawienia warunku w zakresie wykonania zadaszenia poliwęglanem jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie bezpieczeństwa pracy przy wykonywaniu prac montażowych na konstrukcjach dachowych o powłokach nie nadających się do bezpośredniego chodzenia po nich. Odwołujący uznał także za naturalną rzecz konieczność zachowania zasad BHP, tak przy wykonywaniu tej roboty, jak i każdej innej, w szczególności polegającej na wykonywaniu prac na wysokości. Jednak podnoszenie ich do rangi wyjątkowej trudności jest nieuzasadnione. Poprzez zastosowanie odpowiednich rusztowań, podestów i podnośników, czy konstrukcji podwieszanych do konstrukcji stalowej

dachu, a w końcu właściwego przeszkolenia, osoby pracujące na wysokości są znakomicie zabezpieczone.

Kolejnym argumentem przywołanym przez Zamawiającego, jak wskazał Odwołujący, jest konieczność posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu konstrukcji zadaszenia pod płyty poliwęglanowe. W opinii Zamawiającego konstrukcja ta jest systemem technologicznym, który wymaga ścisłej współpracy z projektantem przy rozwiązywaniu detali konstrukcyjnych na etapie wykonywania.

Odwołujący stwierdził, iż wykonywanie każdej roboty budowlanej wymaga współpracy z projektantem i ta okoliczność nie jest okolicznością nadzwyczajną. Ponadto powyższe wymaganie odnosi się do konstrukcji stalowej, nie zaś przekrycia poliwęglanem. Odwołujący zgadza się z Zamawiającym, iż firma starająca się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia powinna wykazać się przede wszystkim doświadczeniem w zakresie wykonywania konstrukcji nośnej stalowej i takie wymaganie jest ze wszech miar zasadne, jednak w opinii Odwołującego niedopuszczalne jest, jako ograniczające uczciwą konkurencję wymaganie wykazania się przez wykonawców koniecznością wykonania zadaszenia o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (emailiem).

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

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Wobec stanowiska Zamawiającego odnośnie braku interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu po stronie Odwołującego, z uwagi na fakt złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również z uwagi na okoliczność tego rodzaju, tj. złożenie oświadczenie podczas rozprawy o możliwym nie spełnianiu spornego warunku w ramach złożonego wniosku. Należy zwrócić uwagę na kilka aspektów zagadnienia. Po pierwsze, należy rozpatrywać niniejszy interes na chwilę złożenia protestu i odwołania, bezsprzecznie Odwołujący był wtedy uczestnikiem postępowania i miał prawo do składania środków ochrony prawnej. Po drugie, Zamawiający miał możliwość

przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co prawda tryb z art. 180 ust. 5 Pzp odnosi się do terminu składania ofert, jednakże z uwagi na przedmiot zarzutów (warunek z ogłoszenia w przetargu ograniczonym) oraz art. 183 ust.5 pkt 2 Pzp takie działanie byłoby uzasadnione.

Skład orzekający Izby podzielił w tej materii pogląd wyrażony w wyroku z dnia 12.04.2005 r. przez Sąd Okręgowy w Katowicach, sygn. akt: IV Ca 588/04 uznając, iż ma on także analogiczne zastosowanie do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: *„Fakt złożenia przez taki podmiot protestu przed upływem terminu do składania ofert nie nakłada na podmiot ten obowiązku złożenia oferty, aby można było nadać bieg temu oraz po nim następującym środkom zaskarżenia, co powoduje, iż uwzględnienie któregoś z tych środków musi spowodować unieważnienie wszystkich czynności postępowania lub unieważnienie postępowania, albowiem w przeciwnym wypadku korzystający ze środków ochrony prawnej pozbawiony zostałby praw ubiegania się o zamówienie, skoro nie złożył oferty w wyznaczonym w ogłoszeniu terminie”.*

W tym miejscu Izba uznaje za właściwe także przywołać komentarz do Wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 16.11.2006 r., sygn. akt: II Ca 585/06 (M. Stręciwlik: „Prawo Zamówień Publicznych. Orzecznictwo.”, W-wa 2008, str.207-208) pomimo, iż nie odnosi się on *stricto* do zagadnienia warunków z ogłoszenia, jak i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: *„(...) Powyższa okoliczność – (w tym wypadku chodziło o wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy) – ma większe znaczenie niżeli literalne brzmienie przepisu art. 179 ust.1 ustawy, który stanowi o możliwości uzyskania zamówienia publicznego przez konkretnego wykonawcę. Wskazany przepis nie stanowi bowiem wyłącznie o faktycznej możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego się wykonawcę, ale również o potencjalnej możliwości, przy założeniu, że w postępowaniu są przestrzegane przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych”.*

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż kwestia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i ewentualnego naruszania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz utrudniania dostępu do uzyskania przedmiotowego zamówienia wykonawcom posiadającym niezbędną wiedzę i potencjał gwarantujący należyte wykonanie zamówienia, w tym Odwołującemu, a tego dotyczą podniesione w proteście i odwołaniu zarzuty, ma istotne i bezpośrednie znaczenie dla Wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie.

Zatem z wymienionych względów brak jest podstaw do przyjęcia braku interesu prawnego po stronie Odwołującego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu - zdolność techniczna, odnoszącego się do wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w szczególności do wymagania wykonania przez wykonawcę (...) co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego - niezgodnego z Pzp, co w konsekwencji powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Izba uznała, iż w/w zarzut nie został potwierdzony.

Odnosząc istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień ogłoszenia skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Sekcji III.2.3 ogłoszenia Zdolność techniczna: Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Na potwierdzenie spełniania wymogów w zakresie zdolności technicznej do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu określił, iż należy dołączyć m.in.: 1. Wykaz wykonanych (zakończonych) robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. - Załącznik nr 3.

Określił także minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

*„A. Zamawiający wymaga, aby wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego”.*

Zamawiający mimo trwania postępowania protestacyjno-odwoławczego nie przedłużył terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyniku powyższego w do dnia 19.01.2009 r. godz. 14:00 wpłynęło 8 wniosków, w tym wniosek Odwołującego w ramach konsorcjum.

Analizując w/w zapisy ogłoszenia w odniesieniu do zarzutu postawionego przez Odwołującego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba stwierdza, iż jeżeli nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy udowodnić, to kwestie rażąco niskiej ceny, czy też postawienia warunku utrudniającego konkurencję wystarczy uprawdopodobnić. W przedmiotowym postępowaniu wbrew stanowisku Odwołującego przedstawionemu na rozprawie nie uprawdopodobnił on, iż Zamawiający postawił warunek utrudniający konkurencje i równe traktowanie wykonawców. W tej materii Izba zwraca uwagę na okoliczność tego rodzaju, iż: *„Zgodnie (.....)z ustalonym orzecznictwem nakaz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczania do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty”* (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Wyd. II, Zakamycze 2005). Izba nie kwestionuje doświadczenia Odwołującego, na które powoływał się podczas rozprawy zwraca jednakże uwagę, iż Zamawiającemu przy konstrukcji spornego warunku chodziło o doświadczenie nabyte przez potencjalnych Wykonawców w danej technologii, w tym wypadku zamówieniach polegających na wykonaniu zadania o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup> z pokryciem poliwęglanowym o naziemnej konstrukcji żelbetowo - stalowej dla obiektu sportowego.

Po drugie, Izba stwierdza, iż Zamawiający wskazał na rozprawie, że określenie spornego warunku w jego kwestionowanym brzmieniu było poprzedzone przeprowadzeniem rozeznania rynku, w wyniku którego ustalono, iż w okresie ostatnich 5 lat na 12 obiektach tj. stadionach budowanych w Europie, miało miejsce użycie i pokrycie z poliwęglanu, w tym na 2 stadionach, na których odbywały się mistrzostwa w piłce nożnej w 2008 r., wskazał również, iż ostateczną decyzję w tej materii podjął projektant. Z powyższego wynika, iż Zamawiający poprzedził postawienie spornego warunku analizą tendencji technologicznych mających miejsce w tej materii i uznał zasadność użycia pokrycia z poliwęglanu w ramach opisu przedmiotu zamówienia, co miało przełożenie w samym warunku. Izba w tej materii oparła się także na protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 04.12.2008 r. w którym stwierdza się, co następuje: *„(...) zadanie stadionu jest wyeksponowane w jego tytule o opisie przedmiotu zamówienia, jako podstawowy element robót, a ponadto wartość robót zadania stanowi ponad połowę wartości zamówienia. (...) Projektant wskazał na piśmie szereg uwarunkowań powodujących, że wykonanie dachu o tak dużej powierzchni z poliwęglanu wymaga doświadczenia i wiedzy w tym zakresie (...)”*. W niniejszym znajduje się także potwierdzenie oświadczenia złożonego na rozprawie przez Zamawiającego, gdyż stwierdza się, iż jeden z przedstawicieli Zamawiającego: *„ (...) przedstawił listę szeregu zadań o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup> stadionów wybudowanych w Europie i na świecie w okresie ostatnich 5 lat. (...). Zwrócił także uwagę na fakt, że zadania z poliwęglanu o powierzchni 43.000 m<sup>2</sup> , a takie będzie na Stadionie Śląskim, są*

*ewenementem w skali światowej (..)*”.

Po trzecie, Izba zauważa, iż sam Odwołujący nie kwestionował uprawnień Zamawiającego do stawiania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby dopuścić do przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia przy czym uznawał, że konieczne jest, aby warunki były adekwatne do jego przedmiotu. Powyższe stanowisko jest ze wszechmiar słuszne albowiem warunek i jego zgodność z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu nie dyskryminującego charakteru. W tej kwestii w jednym z orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 29.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/09) stwierdziła, iż: *„(..) Zamawiający ma (.....) obowiązek określić warunek kierując się następującymi wytycznymi ustawowymi – nie utrudnianiem uczciwej konkurencji i adekwatnością do przedmiotu zamówienia. Adekwatność do przedmiotu zamówienia nie może być rozumiana jako obowiązek określenia warunku na tożsamym stopniu skomplikowania, co przedmiot zamówienia. Adekwatność to raczej obowiązek odniesienia wymogu do przedmiotu zamówienia w sposób nie nakładający na wykonawcę wyższych wymogów niż niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.(...)”*

Zdaniem Izby, mimo wskazanych przez Odwołującego na rozprawie kwestii technicznych i technologicznych, których nie neguje, Zamawiający miał prawo: *„(.....) postawienia warunków, które spowodują, że wybrany wykonawca wykona zamówienie i zrobi to dobrze”* (Przemysław Szustakiewicz, *„Zasady Prawa Zamówień Publicznych”, W-wa 2007, wyd. I, str. 209*). W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wykazał w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, iż postawił warunek który jest nie tylko adekwatny do przedmiotu zamówienia, ale wręcz konieczny i nierozdzielnie z nim związany (projekt, okoliczności wynikające z protokołu z dnia 04.12.2008 r. oraz oświadczenie złożone na rozprawie). Izba ponownie podkreśla, iż nie można wiązać niedyskryminacyjny charakter warunku z koniecznością dopuszczenia do postępowania wszystkich uczestników obrotu gospodarczego. Zamawiający nałożył wymóg wykazania się tylko 1 zamówieniem, i tylko o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup>, poza tym warunek odnosił się do obiektu sportowego niekoniecznie stadionów piłkarskich. Zaś kwestia pokrycia poliwęglanem, zdaniem Izby jest uzasadniona po analizie całości dokumentacji i stanowisk stron z rozprawy.

Po czwarte, Izba pragnie wyjaśnić Odwołującemu, iż stanowisko przedstawione na wstępie, że podczas rozprawy nie uprawdopodobnił on, iż Zamawiający postawił warunek utrudniający konkurencję i równe traktowanie wykonawców wynika z okoliczności tego rodzaju, że odnosił się on tylko i wyłącznie do swojej pozycji na rynku oraz aspektów technologicznych. W żaden sposób nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru spornego

warunku w odniesieniu do innych uczestników rynku w kraju, czy też Europie i wynikającego z tego faktycznego ograniczenia podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Izba nie brała pod uwagę okoliczności złożenia w postępowaniu 8 wniosków, w tym Odwołującego, Wykonawcy przystępującego na etapie protestu i innego uczestnika postępowania, który oprotestowywał sporny warunek, gdyż kwestia ich oceny nie została jeszcze rozstrzygnięta przez Zamawiającego. Ponadto, z uwagi na ich nie dostarczenie na rozprawę przez Zamawiającego, ich analiza pod kątem spornego warunku przez Izbę nie była możliwa. Nie bez znaczenia jest także oświadczenie Odwołującego, iż złożył wniosek w celu zachowania interesu prawnego w ramach przedmiotowego odwołania, którego jednakże istnienie Izba potwierdziła już wcześniej. Należy tylko zauważyć, iż wszystkie 8 wniosków złożyły konsorcja, w tym 7 z udziałem podmiotów zagranicznych.

Biorąc pod uwagę nie zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji

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

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:**

.....

.....