

Sygn. akt: KIO 744/10

WYROK
z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prokuratura Okręgowa w Rzeszowie, Plac Śreniawitów 3, 35-959 Rzeszów**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Prokuraturę Okręgową w Rzeszowie, Plac Śreniawitów 3, 35-959 Rzeszów

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Prokuraturę Okręgową w Rzeszowie, Plac Śreniawitów 3, 35-959 Rzeszów** na rzecz **Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do treści art. 198 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „rozbudowa i adaptacja budynku dla Prokuratury Apelacyjnej, Prokuratury Okręgowej i dwóch Prokuratur Rejonowych w Rzeszowie przy ul. Hetmańskiej 45D.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 kwietnia 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod numerem 2010/S 75-111704.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymaganego doświadczenia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze z.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o nakazanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie przedmiotowego warunku, poprzez dopuszczenie doświadczenia w budowie, rozbudowie oraz przebudowie budynków o wymaganej kubaturze ze wskazaniem minimalnego zakresu budowy lub rozbudowy, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz nakazanie przesunięcia terminu do składania ofert według norm prawem przepisanych.

Odwołujący kwestionuje warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.1 pkt 2 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu i podnosi, że porównanie zapisów zawartych we wskazanej jednostce redakcyjnej oraz sekcji II.1.5 pkt 2 ppkt 3 pozwala wysnuć wniosek, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu nie uwzględniając powierzchni, ani kubatury rozbudowy i nadbudowy budynku. Pozwala to na ubieganie się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom, którzy wykonywali roboty polegające faktycznie na remoncie oraz drobnej, w stosunku do powierzchni i kubatury ogólnej, rozbudowie i przebudowie, ale za to o wartości co najmniej 20 mln zł.

Odwołujący podaje, że powierzchnia całego budynku po wykonaniu zadania ma wynosić 3 897,4 m². Powierzchnia rozbudowy i nadbudowy wynosi 1 053,7 m², co stanowi ponad 27 % ogółu powierzchni wynikowej budynku. Kubatura całego budynku po wykonaniu zadania ma wynosić 18 224,0 m³. Kubatura rozbudowy i nadbudowy ma wynosić 5 494,3 m³, co stanowi ponad 30 % ogółu kubatury wynikowej budynku.

Warunek udziału, postawiony przez Zamawiającego, w ogóle nie wskazuje minimalnych parametrów budowlanych, jakimi musi wylegitymować się wykonawca w celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia. Fakt przebudowy lub/i nadbudowy budynku o powierzchni i kubaturze całkowitej podanej w ogłoszeniu wcale nie oznacza, że wykonawca wykonał faktycznie zakres robót temu odpowiadający. Nie ma bowiem zapisów wskazujących na faktyczny zakres nadbudowany i przebudowany przez wykonawcę.

Warunek nie odnosi się tak naprawdę do doświadczenia w faktycznej realizacji robót, bowiem wskazuje łączną powierzchnię i kubaturę budynku, a nie rozmiary robót mogących stanowić podstawę do uzyskania doświadczenia zawodowego. Warunkiem wyraźnie postawionym jest za to wartość robót, która jak wiadomo, zmieniała się wielokrotnie w ciągu ostatnich pięciu lat. Można było zrealizować te same roboty budowlane za całkowicie odmienne kwoty kontraktowe. Zatem na podstawie tak postawionego warunku można wywnioskować, że o udzielenie zamówienia będzie mógł się ubiegać wykonawca, który wykonał jakieś roboty budowlane, z których nieznaną część stanowi rozbudowa lub nadbudowa w budynku o podanej kubaturze i powierzchni łącznej, który uzyskał w związku z tym faktem określony obrót gospodarczy. Zdaniem Odwołującego, jest to całkowicie niewystarczające. Wprowadza zakłócenie uczciwej konkurencji.

Doświadczeniem wykaże się skutecznie bowiem nie ten wykonawca, który coś konkretnego wybudował, lecz ten, który na tym wskazaną kwotę zarobił. Takie podejście mija się z celem funkcjonowania w systemie prawa, przepisu art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Narusza także przepis art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Większe bowiem szanse na spełnienie warunku mają wykonawcy lepiej kontraktujący swoje roboty niż ci, którzy faktycznie wykonali roboty proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Z drugiej strony całkowicie odepchnięci od zamówienia zostali wykonawcy, którzy wybudowali budynki o łącznej kubaturze i powierzchni równej kubaturze i powierzchni nadbudowy i przebudowy oraz wykonywali remonty budynków o kubaturze i powierzchni budynku poddawanego przebudowie i nadbudowie w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Warunków nie spełnią nawet ci z wykonawców, którzy wykonali podobne roboty budowlane, polegające na budowie od zera budynku o parametrach równych lub większych z parametrami całego budynku po przebudowie. Wykonawcy ci, obiektywnie rzecz biorąc, posiadają konieczne doświadczenie zawodowe do realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że rozbudowa lub przebudowa budynku o żądanej w przedmiotowym zamówieniu powierzchni, kubaturze oraz wartości robót, stanowi na tyle rzadkie zjawisko, że na rynku występuje niewielu wykonawców mogących wylegitymować się stosownym doświadczeniem. Z drugiej strony wielu wykonawców posiada doświadczenie w budowie pod klucz budynków o żądanych parametrach.

Naruszenie przepisów wskazanych w treści zarzutów może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ogranicza bowiem w sposób całkowicie nieuzasadniony krąg wykonawców mogących realizować przedmiotowe zamówienie eliminując możliwość ubiegania się o nie większości wykonawców posiadających wystarczające przygotowanie zawodowe, w tym doświadczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc, że warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia spełni wykonawca, który udokumentuje „zrealizowanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończonej minimum jednej roboty budowlanej, podobnej co do wielkości (budynek o powierzchni netto minimum 3 800 m² i kubaturze powyżej 18.000 m³) i odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (przebudowa, rozbudowa i nadbudowa istniejącego budynku), budynków użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 20 mln netto. Pod pojęciem budynku użyteczności publicznej należy rozumieć budynek w rozumieniu § 3 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.).”

Istotą sporu między stronami jest rozstrzygnięcie, czy wymagane doświadczenie, którego przedmiotem jest wykonanie przebudowy, rozbudowy i nadbudowy określonego budynku użyteczności publicznej zostało ustalone w taki sposób, że nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie będzie możliwe po rozważeniu, czy posiadanie tylko tego rodzaju doświadczenia daje Zamawiającemu gwarancję należytego wykonania zamówienia, czy też jest możliwa pewna modyfikacja. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż celem instytucji „warunku udziału w postępowaniu” jest stworzenie przez zamawiającego takich ram dostępu do zamówienia, które dają zamawiającemu możliwość weryfikacji wykonawców, w określonym przez Zamawiającego zakresie, w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko tych wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Przedmiotowe uprawnienie zamawiającego doznaje jednakże ograniczeń na gruncie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że warunek udziału w postępowaniu musi być ukształtowany w taki sposób, który z jednej strony zapewnia realizację celu jego ustanowienia, z drugiej zaś strony, nie może stanowić nieuzasadnionej bariery dla wykonawców, którzy w istocie potrafią sprostać oczekiwaniom zamawiającego i zrealizować przedmiot zamówienia w sposób należyty. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż określenie warunku udziału w postępowaniu wiąże się z eliminacją z postępowania części wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiający zaś, zobowiązany jest, zgodnie z wolą ustawodawcy, do ustalenia warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zapewnić dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy potrafią zrealizować przedmiot zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym rodzi to konieczność udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy doświadczenie w zakresie budowy nowego obiektu użyteczności publicznej o

parametrach wskazanych przez Zamawiającego daje podstawy do przyjęcia, iż wykonawca legitymujący się takim właśnie doświadczeniem, sprostą wyzwaniom wynikającym z przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Zwrócić należy uwagę, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane. W świetle art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.), w zakresie pojęcia roboty budowlane mieszczą się: budowa, przebudowa, montaż, remont lub rozbiórka obiektu budowlanego. Biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, Zamawiający słusznie uznał, iż jedynie budowa i przebudowa, zważywszy na charakter robót, odpowiadają przedmiotowi zamówienia. Montaż, remont i rozbiórka nie są bowiem objęte niniejszym zamówieniem i co więcej, dwie pierwsze roboty należą do zadań prostszych, mniej skomplikowanych niż budowa, czy też prace polegające na przebudowie. Jednakże Zamawiający nie poprzestał na eliminacji niektórych rodzajów robót budowlanych, określając doświadczenie w taki sposób, że z kategorii „budowa”, zdefiniowanej w ustawie Prawo budowlane (art. 3 pkt 6), wyłączył wykonywanie obiektu budowlanego, a także odbudowę, pozostawiając jedynie rozbudowę i nadbudowę obiektu budowlanego. Jakkolwiek wyłączenie odbudowy jest uzasadnione i nie budzi wątpliwości, to już rezygnacja z takiego doświadczenia, jakim jest realizacja obiektu budowlanego od podstaw, nie jest uzasadniona. Po pierwsze, należy wskazać, iż jak wynika z przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego opinii, przedmiotem niniejszego zamówienia jest również budowa nowego obiektu budowlanego. Zatem, tego rodzaju doświadczenie z pewnością odpowiada rodzajowi robót budowlanych, objętych niniejszym zamówieniem. Po drugie, zdaniem Izby, doświadczenie w budowie nowego obiektu budowlanego o wartości i parametrach wskazanych przez Zamawiającego (kubatura, powierzchnia) jest tego rodzaju przedsięwzięciem, które można porównać z tym, zdobytym w trakcie przebudowy, rozbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego, a częściej nawet bardziej skomplikowanym. W każdym razie, wszystkie te prace, stanowią robotę budowlaną i wymagają przygotowania w różnych aspektach, w tym bezpieczeństwa. Po trzecie, skoro ustawodawca zaliczył wykonanie nowego obiektu, rozbudowę i nadbudowę do tej samej kategorii prac, to nie sposób twierdzić, że doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu rozbudowy i nadbudowy jest nieporównywalne z tym, którego nabywa się podczas wykonania nowego obiektu. Po czwarte, Zamawiający wyjaśnił, iż podstawą wskazania na konieczność posiadania doświadczenia w zakresie przebudowy jest fakt, iż w niniejszym zamówieniu polega ona na wykonaniu wysoce skomplikowanych robót, co znalazło również potwierdzenie w złożonych opiniach. Słuszność stanowiska Zamawiającego można byłoby potwierdzić jedynie w okolicznościach, gdyby Zamawiający wskazał, iż w ramach tejże przebudowy wymagane jest zrealizowanie tychże robót. Brak takiego wymogu powoduje, że przedmiotowy warunek, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zapewnia, że

przedmiotowe zamówienie zrealizują wykonawcy, którzy takie doświadczenie posiadają. W istocie bowiem Zamawiający wymaga jedynie poprzestania na legitymowaniu się doświadczeniem w jakiegokolwiek przebudowie.

Reasumując, stwierdzić należy, iż w istocie Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia odnosząc go jedynie do określonego rodzaju robót budowlanych (przebudowa, rozbudowa, nadbudowa), które są elementem przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający oczekiwał jedynie doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych, które różnią się tym, że dotyczą różnych parametrów obiektu budowlanego (zewnętrzne i wewnętrzne). Skoro więc wykonanie obiektu budowlanego, stanowi robotę budowlaną i odnosi się zarówno do zewnętrznych, jak i wewnętrznych parametrów, to nieuzasadnione jest twierdzenie, iż daje mniejsze doświadczenie niż to, które wynika z wykonania przebudowy, rozbudowy, nadbudowy. Jeśli zaś Zamawiający nie zabezpieczył poprzez postawiony warunek (o czym była mowa wyżej), doświadczenia w robotach, które uznał za skomplikowane, bowiem przedmiotowy warunek w jakikolwiek sposób nie wskazuje na te roboty, to nie może twierdzić, iż ewentualna zmiana tego warunku, w jakikolwiek sposób doprowadzi do odejścia od intencji Zamawiającego (nie można bowiem w wyniku zmiany odjąć czegoś, czego pierwotnie nie było).

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Nie znalazł natomiast potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem hipotezą tego przepisu nie są objęte warunki udziału w postępowaniu a opis sposobu dokonania oceny ich spełniania.

Izba oddaliła wnioski Zamawiającego w przedmiocie przeprowadzenia dowodów z przesłuchania świadków, gdyż okoliczności, które miałyby być stwierdzone tymi dowodami wynikają z innych dowodów z dokumentów, tj. opinii przedstawionych przez Zamawiającego oraz treści ogłoszenia i SIWZ. Na podstawie powyższego w sposób nie budzący wątpliwości można ustalić charakter robót, stanowiących przedmiot zamówienia.

W tych okolicznościach za uzasadnione należy uznać żądanie Odwołującego w przedmiocie zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu i przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do przygotowania oferty przez wykonawców, którzy pierwotnie z dostępu do zamówienia zostali wyłączeni. Jednocześnie zmiana spornego warunku powinna prowadzić do uwzględnienia w treści następującego sformułowania: wykonanie nowego obiektu budowlanego lub przebudowa, rozbudowa i nadbudowa. W istocie bowiem Odwołującemu chodziło o doświadczenie w tym zakresie, a użycie proponowanego przez Odwołującego sformułowania „budowa” wprowadziłoby pewien chaos terminologiczny, zważywszy na definicje zwarte w ustawie Prawo budowlane.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł.

Przewodniczący:

.....