

Sygn. akt: KIO 633/10

## WYROK

z dnia 28 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Członkowie:** Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 kwietnia 2010 r. przez **ALPINE Bau GmbH, Alte Bundesstraße 10, A-5071 Wals bei Salzburg** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża ALPINE Bau GmbH, Alte Bundesstraße 10, A-5071 Wals bei Salzburg 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 uiszczzonego przez **ALPINE Bau GmbH, Alte Bundesstraße 10, A-5071 Wals bei Salzburg**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,
- 2) zasądza od **ALPINE Bau GmbH, Alte Bundesstraße 10, A-5071 Wals bei Salzburg** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 **Warszawie**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego na „Kontynuację budowy autostrady płatnej A1, odcinek od węzła „Świerklany” (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach od km 548+897 do km 567+223, długości 18,33 km”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 kwietnia 2010 r., 2010/S 66-099334, wobec treści ogłoszenia, w dniu 13 kwietnia 2010r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie Alpine Bau GmbH z siedzibą w Wals (odwołujący). Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu faksem w dniu 12 kwietnia 2010 r.

W odwołaniu wykonawca zakwestionował sposób określenia przez zamawiającego warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia poprzez odwołanie się do wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonał co najmniej 2 zadania obejmujące budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy A lub S lub GP, co stanowi odniesienie do klasy dróg określonych w § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, a tym samym wyklucza możliwość wykazania przez wykonawcę posiadającego doświadczenie przez wskazanie na wykonanie równoważnych zadań poza terytorium Polski. Również przyjęty sposób oceny wniosków wskazany w Sekcji IV pkt IV.1.2 podpunkt 2 ogłoszenia, odwołujący się do zadań obejmujących budowę lub przebudowę wyłącznie dróg lub ulic klasy A lub S lub GP (a zatem bez uwzględnienia przebudowy dróg lub ulic równoważnych) może doprowadzić do nie skierowania zaproszenia do złożenia oferty przez wykonawcę, który większość zadań w zakresie budowy lub przebudowy dróg lub ulic i klasie równoważnej klasie A lub S lub GP wykonał poza terytorium Polski. Prowadzi to w ocenie odwołującego do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na dyskryminację wykonawców z innych państw UE poprzez zastosowanie kryteriów krajowych. Jako naruszające art. 7 ust. 1 ustawy, odwołujący wskazał na wymaganie wykazania się odpowiednim potencjałem technicznym i kadrowym, poprzez wskazanie jako osoby do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu tylko takiej osoby, która posiada doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu, Kierownika Budowy lub Przedstawiciela Wykonawcy na

jednym kontrakcie, obejmującym budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy A lub S lub GP lub mostów w ciągu tych dróg, o wartości co najmniej 200 000 000,00 PLN netto. Odwołanie do powołanego wcześniej rozporządzenia oraz brak wskazania wskaźnika, według którego mogłoby nastąpić przeliczenie na złote wartości zadania wyrażonego w innej walucie, zdaniem odwołującego, wyklucza możliwość wykazania potencjału kadrowego wykonawcy przez wskazanie osób realizujących równoważne projekty pod względem przedmiotowym i wartościowym poza granicami Polski (w tym także na terytorium innego kraju członkowskiego Unii Europejskiej). Zdaniem odwołującego określenie klasy dróg ustalonych w rozporządzeniu odnosi się tylko i wyłącznie do dróg budowanych na terytorium Polski, co potwierdzać ma wolę zamawiającego ograniczenia możliwości wykazania doświadczenia danego wykonawcy wyłącznie do budowy lub przebudowy dróg określonych klas wykonywanych w Polsce. W przeciwnym wypadku zamawiający użyłby sformułowania wskazującego na drogi lub ulice o parametrach równoważnych dla dróg lub ulic klasy A lub S lub GP. Treść ogłoszenia nie uprawnia wykonawcę do przyjęcia założenia, że zamawiający również dopuszcza wykazanie się doświadczeniem i wiedzą w budowie lub przebudowie dróg, do których klasyfikacja zawarta w rozporządzeniu nie znajduje zastosowania. Ponieważ zamawiający nie wskazał w jaki sposób będzie przeliczał wartość kontraktów wyrażoną w walucie obcej (jak uczynił to przy opisie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej), wykonawca nie może ustalić, czy wartość zadania wyrażona w innych walutach niż złoty polski będzie równa kwocie 200.000.000,00 złotych, czy też znajdzie się poniżej tej kwoty i w konsekwencji spowoduje wykluczenie go z postępowania. Odwołujący wniósł o unieważnienie ogłoszenia o wszczęciu postępowania lub nakazanie zamawiającemu powtórzenia ogłoszenia z usunięciem wskazanych uchybień w zakresie dotyczącym określenia warunków.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16 kwietnia 2010 r.) wniósł o jego oddalenie, przedstawiając argumentację swojego stanowiska. Zamawiający uznał, iż odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zakwestionował również wnioski z odwołania „nakazania Zamawiającemu unieważnienia ogłoszenia o wszczęciu postępowania” ewentualnie „nakazanie Zamawiającemu powtórzenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania”, jako nie znajdujące podstawy prawnej. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający podniósł, iż wskazanie na klasy dróg należy odnosić do ich parametrów, wynikających z rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej, zgodnego z Umową Europejską o głównych drogach ruchu międzynarodowego (AGR). Zamawiający zaprzeczył, jakoby zamieścił w ogłoszeniu zapis wskazujący na wymaganie, aby wykonawcy wykazali się wiedzą i doświadczeniem zdobytym wyłącznie na terenie Polski. Jednocześnie

zamawiający odwołał się do dotychczas prowadzonych postępowań, w których zamieszczał tożsamy zapis wskazując na kategorie dróg, określonych w treści rozporządzenia, który nigdy nie prowadził do ograniczenia kręgu wykonawców, wyłącznie do grona podmiotów, które realizowały inwestycje na terytorium Polski. Zamawiający uznawał w oparciu o taki zapis doświadczenie zdobyte podczas realizacji kontraktów na roboty budowlane poza terytorium Polski.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

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 PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę istnienia interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Zdaniem składu orzekającego żądanie unieważnienia ogłoszenia nie pozbawiało wykonawcy prawa do wniesienia odwołania, wynikającego z treści art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Obecne brzmienie przepisu wskazuje na konieczność wykazania się przez podmiot wnoszący odwołanie między innymi posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, którego brak zakwestionował zamawiający. Jedynym środkiem umożliwiającym wykonawcy uchylenie zapisów ogłoszenia, których treść mogłaby wykluczać jego udział w postępowaniu, jest wniesienie odwołania do KIO. Pozbawienie wykonawcy możliwości korzystania z środka ochrony prawnej uniemożliwiłoby faktycznie ochronę interesu wykonawcy, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Izba nie jest związana żądaniami odwołującego, a jedynie zarzutami, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy PrZamPubl. W przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ust. 1 ustawy przy określaniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również samych warunków, w interesie wykonawcy jest dążenie do ich modyfikacji w sposób zgodny z jego oczekiwaniami.

W zakresie zgłoszonych zarzutów Izba uznała, iż w postępowaniu zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl, wskazując w opisie sposobu oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących wymaganej wiedzy i doświadczenia (pkt III.2.3, pkt 1.1) oraz potencjału kadrowego (pkt III.2.3, ppkt1.2 lit b.1), na klasy dróg A, S lub GP, określonych przepisami rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi i ich usytuowanie. W ocenie składu orzekającego, z treści zapisów wskazanych postanowień ogłoszenia nie wynika, iż zamawiający ograniczył krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu wyłącznie do takich, które legitymują się doświadczeniem zdobytym na terenie Polski. Nie wskazuje na to w szczególności odwołanie się do kategorii dróg wprowadzonych rozporządzeniem krajowym. Zamawiający określił kategorie dróg odpowiadające przedmiotowi zamówienia, z których wynikają ich minimalne parametry. Izba uznała, iż wskazanie na kategorie określone przepisami rozporządzenia zastępuje opis warunków technicznych dróg, według których zamawiający będzie zobowiązany ocenić doświadczenie wykonawców. Taki sposób opisu sposobu oceny spełniania warunków nie narusza interesów podmiotów zagranicznych, którzy, jeżeli tylko zdobyli doświadczenie przy budowie dróg odpowiadających pod względem technicznym drogom klasy A, S lub GP, będą mogli wziąć udział w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał w ogłoszeniu, iż roboty musiały być wykonane na terenie Polski, a tylko taki zapis uprawniałby do stawiania tezy, iż udział podmiotów wykonujących roboty poza terytorium Polski został przez zamawiającego wykluczony. Historia tego zamówienia potwierdza, iż wskazanie na klasy dróg w opisie warunku udziału w postępowaniu nie stało na przeszkodzie odwołującemu do złożenia ważnej oferty w postępowaniu zakończonym wyborem jego oferty. W związku z odstąpieniem od umowy, konieczne stało się ponowne przeprowadzenie postępowania w celu wyłonienia wykonawcy, który zakończy budowę tego odcinka drogi. Zamawiający utrzymał w zakresie obecnie podnoszonym opis warunków i sposobu oceny ich spełniania w brzmieniu dotychczas stosowanym. Na marginesie Izba zauważa, iż sposób rozumienia zapisów ogłoszenia przedstawiony przez odwołującego był odosobniony, gdyż żaden inny wykonawca nie przyłączył się do postępowania odwoławczego. Swój udział w postępowaniu zgłosiło 19 wykonawców, w tym również podmioty zagraniczne, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w śród nich również odwołujący. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zarzut zgłoszony w odwołaniu był bezzasadny i podlegał oddaleniu.

Odnośnie braku wskazania w treści ogłoszenia sposobu przeliczenia wartości robót określonej w walucie innego kraju na złote polskie, do których znajduje się odwołanie w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „Potencjału kadrowego” – Sekcja II pkt 1.2 lit b. ogłoszenia (sposobu oceny spełniania), Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Zamawiający w Sekcji III.2.3) pkt 1.2) określił w jaki sposób przeliczana będzie wartość robót wyrażona w walutach obcych dla wykazania „potencjału kadrowego”,

stanowiąc, iż „(Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego Wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). W kontekście przywołanego postanowienia, twierdzenia odwołującego nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym, a odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego na rozprawie przed Izbą zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie zgodnie z § 7 rozporządzenia do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....