

Sygn. akt: KIO/UZP 111/09

WYROK

z dnia 5 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata Anna Majstrowicz
Protokolant:	Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25** protestu z dnia 7 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A 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 uiszczonego przez **POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Szarów do węzła Brzesko w km 455+900–479+000. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 250 – 333800.

W dniu 7 stycznia 2009 r. POLDIM S.A. wniosła protest na treść ogłoszenia o zamówieniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy, doświadczenia oraz potencjału technicznego i kadrowego wykonawców w sposób wadliwy, a także naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp przez określenie warunków i sposobu oceny ich spełniania opisanych w pkt III.2.3 i IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Protestujący podniósł, iż w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób umożliwiający ich spełnienie przez wąską grupę wykonawców. Wywiódł, iż postawiony warunek dotyczący doświadczenia eliminuje wykonawców dużych i zdolnych do wykonania zamówienia, których układ czasowo-wartościowy wykonanych zamówień nie odpowiada postawionym wymogom. Stwierdził, iż warunku doświadczenia nie spełni wykonawca, który zrealizował 10 kontraktów o wartości 180 mln PLN każdy, chociaż potencjał wykonawczy oraz zdolności logistyczne takiego wykonawcy są prawdopodobnie większe od wykonawcy posiadającego doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, co sprawia, że wykonawca „większy i bardziej doświadczony” nie uzyska zamówienia. Zauważył, iż postawiony warunek nie uwzględnia okoliczności realizacji zamówień w warunkach zbliżonych do realiów towarzyszących przedmiotowemu zamówieniu. Nie bez znaczenia jest, zdaniem Protestującego, dla dodatkowej gwarancji należytego wykonania zamówienia, czy wykonawca przedstawi referencje wręcz „egzotyczne” czy też wykaże się doświadczeniem w rzeczywistości istniejących warunkach realizacji. W ocenie Protestującego, jednym z najlepszych dowodów na potwierdzenie stosownego doświadczenia jest posiadanie przez wykonawcę branżowej infrastruktury technicznej.

Protestujący podniósł, iż postępowania o udzielenie zamówienia o podobnym zakresie ograniczają konkurencję na rynku robót budowlanych utrwalając pozycję tylko niektórych wykonawców, jednocześnie eliminując innych w równym stopniu zdolnych do wykonania zamówienia. Zdaniem Protestującego, pierwsze referencje wykonawców

uzyskujących ww. zamówienia często nie pochodzą z rynku polskiego, a wykonawcy ci, wbrew zapisom specyfikacji, nadal nie angażują potencjału własnego, bazując na podwykonawcach lokalnych. W ten sposób, jak stwierdził Protestujący, wykonawcy potencjalnie zdolni do wykonania zamówienia „skazani są na nieustanne pełnienie roli podwykonawców - bez możliwości rozwoju i na gorszych warunkach finansowych”.

Zdaniem Protestującego, wobec faktu, iż postępowania, których przedmiotem jest budowa lub przebudowa dróg klasy A, S lub GP o wartości 200 mln PLN brutto na polskim rynku prowadzi niemal wyłącznie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, a także z uwagi na okoliczność, iż ww. instytucja w ostatnich pięciu latach przeprowadziła ograniczoną liczbę opisanych powyżej zadań, wniosek o modyfikację warunku doświadczenia jest uzasadniony.

W zakresie warunku doświadczenia Protestujący wskazał również, iż istnieje możliwość, że zainteresowani zamówieniem będą wykonawcy zagraniczni posiadający wymagane doświadczenie, od których, zdaniem Protestującego, Zamawiający powinien wymagać udowodnienia, że doświadczenie zdobyte zagranicą będzie w rzeczywistości wykorzystane w Polsce w postaci przeniesienia sprzętu i kadr, co w praktyce nie jest realizowane. Stwierdził, iż wykonawcy zagraniczni zazwyczaj nie posiadają w Polsce własnego potencjału wykonawczego jedynie zarządzają wykonaniem zamówienia korzystając z polskich podwykonawców.

Ponadto, zdaniem Protestującego, zatrudnienie (lub promesa zatrudnienia) pracownika o kwalifikacjach opisanych w ogłoszeniu nie stwarza trwałej i bezpiecznej sytuacji dla wykonania inwestycji pod względem potencjału kadrowego i technicznego. Zwrócił uwagę, że ustawa Pzp mówi o dysponowaniu odpowiednimi osobami, co wskazuje na zespół osób odpowiednio przygotowanych, a nie na jedną osobę. Stwierdził, że w zakresie określenia siły kadrowej wykonawcy istotne jest czy posiada on wdrożone systemy organizacji kontraktów i zarządzania jakością (tj. czy pracownicy funkcjonują poprawnie i zgodnie z przyjętymi procedurami), dysponuje specjalistycznymi służbami (takimi jak laboratorium, baza sprzętu z odpowiednią ilością operatorów i mechaników), jak liczny personel inżynieryjny z odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami oraz jak liczny personel z doświadczeniem na stanowiskach kierowniczych posiada, jaki był stopień skomplikowania technicznego prowadzonych przez ten personel kontraktów, a także jakim stażem pracy w branży legitymuje się kadra menadżerska. Jednocześnie, w ocenie Protestującego istotne jest, aby potencjał kadrowy odzwierciedlał możliwości w miejscu i kraju wykonania zamówienia, w przeciwnym bowiem przypadku wykonawca uzyskujący zamówienie obsadzi jedynie stanowiska administracyjne, a podstawowy ciężar odpowiedniej technicznej obsady kadrowej spadnie na podwykonawców.

Protestujący zarzucił również Zamawiającemu brak uwzględnienia w treści ogłoszenia o zamówieniu szczegółowych warunków dotyczących potencjału technicznego. Zdaniem Protestującego, parametrem najlepiej obrazującym zdolność potencjalnych wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia jest liczba pozostających w dyspozycji wykonawców otaczarni mas bitumicznych o wydajności co najmniej 100 ton/h, przy czym ze względów technologicznych zasadnicze znaczenie ma lokalizacja otaczarni w odległości maksymalnie 2 godzin jazdy (wliczając czas niezbędny na wbudowanie masy) od planowanego terenu budowy.

Powyższe, zdaniem Protestującego, determinuje również konieczność uznania, iż przepisy ustawy Pzp narusza także opis kryteriów dodatkowej kwalifikacji zawarty w pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący wniósł o zmianę treści ogłoszenia:

1. w pkt. III.2.3 w części dotyczącej opisu minimalnego poziomu wymaganych standardów (ppkt. II - doświadczenie wykonawcy) przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali (zakończyli) jako wykonawca lub podwykonawca zadania polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy A, S, GP lub G o wartości minimum 200 mln PLN brutto łącznie, ewentualnie przez zastąpienie tego wymogu warunkiem wykazania się przez wykonawców wykonaniem w każdym z ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jako wykonawca lub podwykonawca robót w branży budownictwa drogowego i/lub mostowego o średniej wartości co najmniej 400 mln PLN brutto (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wartość ta może być spełniona łącznie),

2. w pkt. III.2.3 przez wprowadzenie dodatkowego warunku w zakresie potencjału technicznego wykonawców, tj. warunku dysponowania (także na podstawie pisemnych zobowiązań innych podmiotów) minimum 1 otaczarnią mas bitumicznych o wydajności co najmniej 100 ton/h odległej maksymalnie 2 godziny jazdy (wliczając czas niezbędny na wbudowanie masy) od planowanego terenu budowy,

3. w pkt. IV.1.2 w zakresie kryteriów dodatkowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w przypadku gdy liczba spełniających je wykonawców będzie większa od 10) przez zastąpienie dotychczasowych kryteriów dodatkowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu kryterium ilości pozostających w dyspozycji wykonawcy otaczarni mas bitumicznych o wydajności co najmniej 100 ton/h położonych maksymalnie 2 godziny

jazdy (wliczając czas niezbędny na wbudowanie masy) od planowanego terenu budowy (1 pkt za każdą otaczarnię).

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 16 stycznia 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu postępowania zostały określone jednoznacznie, obiektywnie, jednakowo dla wszystkich wykonawców, zatem zgodnie z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Warunek określony w ogłoszeniu w pkt III.2.3 dotyczący doświadczenia wykonawców Zamawiający uznał za ściśle związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do jego wartości. Podkreślił, iż w zakresie doświadczenia postawił minimalny warunek pozwalający na wyłonienie wykonawcy zdolnego do sprawnego i terminowego przeprowadzenia inwestycji. Zauważył, iż realizacja obiektu o tak dużej skali oraz wysokim stopniu złożoności jest inwestycją, która wymaga od wykonawcy posiadania szczególnych właściwości, przede wszystkim wysokiego poziomu doświadczenia, zarówno w zakresie technicznym jak i organizacyjnym. Ponadto zwrócił uwagę na fakt, iż wartość przedmiotowego zamówienia jest bardzo wysoka w porównaniu do wartości powszechnie realizowanych inwestycji, zatem warunek posiadania niezbędnego doświadczenia odnoszący się do wartości zrealizowanych inwestycji został ustalony na poziomie znacznie niższym, tak, aby w sposób nieuzasadniony nie ograniczać potencjalnym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia. Intencją Zamawiającego było umożliwienie ubiegania się o zamówienie również wykonawcom, którzy wprawdzie nie realizowali jeszcze kontraktów na budowę autostrad o wartości równej oszacowanej wartości przedmiotu zamówienia, niemniej wykonywali prace budowlane przy budowie albo przebudowie dróg o wysokiej klasie i o wysokiej wartości, których należyte wykonanie w sposób przekonujący wykazałoby spełnienie ogólnej normy art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. posiadanie przez danego wykonawcę wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający stwierdził, iż ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 204/08).

Zdaniem Zamawiającego, proponowana przez Protestującego modyfikacja warunku doświadczenia nie zapewnia rzetelnej weryfikacji wykonawców zdolnych do wykonania

zamówienia. Stwierdził, iż dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali dużą liczbę prac w żadnym stopniu nie porównywalnych ze skalą i wartością przedmiotu zamówienia nie zrealizuje postawionego celu, jakim jest dopuszczenie do składania ofert jedynie przez rzetelnych wykonawców. Do postępowania mógłby zostać zakwalifikowany wykonawca, który w ciągu ostatnich 5 lat wykonał szereg niewielkich i nieskomplikowanych pod względem technicznym i logistycznym zamówień, których łączna wartość odpowiadałaby proponowanej przez Protestującego kwocie, lecz którego doświadczenie nie zapewniłoby sprawnej realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zwrócił dodatkowo uwagę na fakt, iż ograniczenie okresu doświadczenia do trzech lat jest niezgodne z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.).

W ocenie Zamawiającego, argumentacja Protestującego dotycząca niewielkiej ilości zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy A, S lub GP o wartości nie mniejszej niż 200 mln PLN jest chybiona, gdyż tak dużych zamówień nie można odnosić tylko do rynku polskiego. Wszystkie zamówienia publiczne udzielane na podstawie ustawy Pzp, w szczególności zaś te, dla których istnieje obowiązek ogłaszania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, są w równym stopniu dostępne dla przedsiębiorstw z całego Europejskiego Obszaru Gospodarczego czy państw - stron Porozumienia w sprawie zamówień rządowych Światowej Organizacji Handlu. Zamawiający przywołał w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 1/07). Zdaniem Zamawiającego, nie jest prawdą, że wykonawcy „potencjalnie zdolni do wykonania zamówienia” skazani są na pełnienie roli podwykonawcy, bowiem ustawa Pzp umożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy nie podlegają oni wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz łącznie spełniają warunki udziału w postępowaniu, dzięki czemu dostęp do niniejszego zamówienia mają także wykonawcy, którzy samodzielnie nie spełniają wymogu określonego w pkt III.2.3 ogłoszenia.

Za bezpodstawny uznał Zamawiający zarzut dotyczący pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu. Podniósł, iż Protestujący, poza wyrażeniem swojej opinii w zakresie adekwatności warunku dysponowania otaczarnią mas bitumicznych nie wykazał interesu prawnego w zastrzaniu warunków udziału w postępowaniu przez dodanie wymogu nie sformułowanego w pierwotnym tekście ogłoszenia. Protestujący nie uzasadnił w żaden sposób, dlaczego i w jakim zakresie wnioskowany zapis stanowiłby właściwy warunek, na podstawie którego Zamawiający mógłby skutecznie zweryfikować zdolność wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia. Brak w ogłoszeniu warunku dysponowania odpowiednim sprzętem nie ogranicza, zdaniem Zamawiającego, dostępu do zamówienia

zainteresowanym wykonawcom. Jednocześnie, jak stwierdził Zamawiający, przy stosowanych obecnie technologiach i skali planowanych robót budowlanych nie będzie stanowiło problemu uzyskanie przez wykonawców dostępu do odpowiedniej dla realizacji przedmiotu zamówienia ilości otaczarni mas bitumicznych, zlokalizowanych względem terenu prowadzenia robót budowlanych w sposób zgodny z wymogami technologicznymi. Co więcej, wykonawca nie musi posiadać własnych otaczarni, czy nawet nimi dysponować. Wystarczy, że zapewni on odpowiednią ilość masy na potrzeby realizacji inwestycji, która może być zakupiona bezpośrednio od wytwórcy lub ustawi odpowiednią ilość otaczarni w pobliżu inwestycji na czas jej realizacji. W świetle powyższego, proponowany wymóg dysponowania otaczarnią nie został przez Zamawiającego uznany za niezbędny. Tym samym Zamawiający nie zgodził się z zaproponowaną przez Protestującego zmianą kryteriów wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Określony przez Protestującego sposób oceny odnosi się do propozycji brzmienia warunku, który nie jest, zdaniem Zamawiającego, konieczny i właściwy do rozpatrywania kwestii technicznej zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, przyjęty w ogłoszeniu sposób punktacji stosowany przy wyborze ograniczonej liczby kandydatów jest jasny, obiektywny i precyzyjnie opisany. Podkreślił, iż zamówienie jest dostępne dla większej liczby wykonawców, na równych zasadach, zapewniających rzeczywistą i uczciwą konkurencję, a wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym również warunek punktowany, pozostają w odpowiedniej relacji do wielkości i zakresu zamówienia.

Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodziła się POLDIM S.A., która wniosła w dniu 22 stycznia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp przez wadliwe sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu w pkt III.2.3 w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawców oraz pkt IV.1.2 określającego ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu postępowania. Jednocześnie Odwołujący nie podtrzymał zarzutu podniesionego w proteście dotyczącego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez nie postawienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania przez wykonawców otaczarnią mas bitumicznych.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Ponadto stwierdził, iż wbrew stanowisku Zamawiającego, postawiony warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców może budzić wątpliwości interpretacyjne i jedynie pozornie ma służyć wyłonieniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, w rzeczywistości znacznie zawężając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zauważył także, że postawiony warunek nie jest ściśle związany z przedmiotem zamówienia. Takim warunkiem, zdaniem Odwołującego, mogłoby być jedynie żądanie wykazania się samodzielnym zbudowaniem odpowiedniego odcinka

autostrady. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, błędną jest teza, iż duża ilość zamówień niewielkich (poniżej 200 mln PLN) stwarza mniejsze problemy logistyczne niż dwa zamówienia o wartości 200 mln PLN.

Odwołujący podniósł, iż z przeprowadzonej przez niego analizy zamówień publicznych w branży budownictwa drogowo – mostowego udzielanych przez Zamawiającego w ciągu ostatnich 5 lat wynika, że udzielonych zostało łącznie 17 zamówień, które można by zaliczyć do kręgu spełniających postawiony w ogłoszeniu warunek, z których 13 na pewno zakończyło się przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że ww. zamówienia były realizowane przez 22 wykonawców, jednak tylko 3 z nich realizowało zamówienia samodzielnie.

Odwołujący stwierdził również, że zaproponowane brzmienie warunku jest zgodne z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przepis ten, zdaniem Odwołującego, należy interpretować w ten sposób, że zamawiający nie może żądać dokumentów z okresu dłuższego niż ostatnie pięć lat, bądź okres działalności wykonawcy, okresem badania może być natomiast objęty okres krótszy niż pięć lat.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia:

1. w pkt. III.2.3 w części dotyczącej opisu minimalnego poziomu wymaganych standardów (ppkt. II - doświadczenie wykonawcy) poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali (zakończyli) jako wykonawca lub podwykonawca zadania polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy A, S, GP lub G o średniorocznej wartości minimum 200 mln PLN brutto łącznie, względnie przez zastąpienie tego wymogu warunkiem wykazania się przez wykonawców wykonaniem w każdym z ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jako wykonawca lub podwykonawca robót w branży budownictwa drogowego i/lub mostowego o średniej wartości co najmniej 400 mln PLN brutto (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wartość ta może być spełniona łącznie), ewentualnie przez dodanie do każdego z dwóch powyższych warunków kolejnego warunku z listy dopuszczeń wymienionych w §1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, co umożliwi lepszą ocenę wykonawcy, zwłaszcza w fazie potencjalnego ograniczania ich liczby;

2. w pkt. IV.1.2 w zakresie kryteriów dodatkowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w przypadku, gdy liczba spełniających je wykonawców będzie większa od 10) w ten sposób, aby kryteria dodatkowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie opierały się na pojedynczych zadaniach polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy A, S lub GP o wartości nie mniejszej niż 200 mln PLN brutto każde.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Odwołujący dodatkowo stwierdził, iż w jego ocenie, szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia to kwota rzędu 600 – 700 mln PLN. Przyznał również, że budowa drogi klasy G różni się znacznie od budowy drogi klasy A, jednak nie różni się istotnie od budowy drogi klasy GP.

Zamawiający, odnosząc się do wartości zamówienia oświadczył, iż jest ona kilkakrotnie wyższa od 200 mln PLN, jest ona również znacznie wyższa od zamówień wykazanych przez Odwołującego w załączniku do odwołania. Wywiódł także, iż z uwagi na treść § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający zobowiązany jest żądać wykazania się przez wykonawców realizacją zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Stwierdził, iż dopuszczenie jako spełniających wymogi zamówień polegających na budowie dróg klasy S i GP stanowi zaniżenie warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia i zostało dokonane w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu większego kręgu wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, istnieją różnice w budowie dróg poszczególnych klas polegające m.in. na obciążeniu, przenoszeniu ruchu czy też konstrukcji obiektów mostowych. W ocenie Zamawiającego, różnice pomiędzy budową drogi klasy A i G są znaczne, dlatego też uznał doświadczenie zdobyte w budowie drogi klasy G za nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Przedmiotem zamówienia jest m.in. budowa autostrady o długości 23,1 km o parametrach technicznych drogi klasy A, budowa dwóch bezkolizyjnych węzłów autostradowych, przebudowa lub przełożenie istniejących dróg poprzecznych, budowa odcinka drogi wojewódzkiej klasy G po nowym śladzie, budowa dróg dojazdowych, dwupoziomowych skrzyżowań z drogami poprzecznymi, liniami PKP, rzekami i szlakami

migracji zwierząt, budowa przepustów żelbetowych, kanalizacji deszczowej, przebudowa sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i sieci drenażowej, przebudowa sieci gazowej.

Zamawiający w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu postawił wykonawcom warunek wykazania się zrealizowaniem (zakończeniem) jako wykonawca lub podwykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej dwóch zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic kasy A lub S lub GP o wartości nie mniejszej niż 200 mln PLN brutto każda.

Jednocześnie, z uwagi na ograniczenie liczby wykonawców zakwalifikowanych do drugiego etapu postępowania do 10, Zamawiający określił w pkt IV.1.2 ogłoszenia, iż wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu otrzymają 1 punkt za każde powyżej dwóch stanowiących niezbędne minimum wykonane zadanie ujawnione w wykazie wykonanych zamówień.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Wykonawcą zamówienia publicznego może być osoba fizyczna, osoba prawna bądź jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp), która spełnia postawione w danym postępowaniu warunki udziału. Do określenia warunków zobowiązany jest zamawiający na podstawie art. 22 ustawy Pzp, który wskazuje elementy, jakie powinny być przez zamawiającego brane pod uwagę. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Formułując warunki zamawiający nie może tego czynić w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Na powyższe wskazuje m.in. treść § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym w celu wykazania spełniania warunku doświadczenia zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Podkreślić należy, iż formułując warunek doświadczenia zamawiający musi mieć na uwadze jego cel, jakim jest wybór wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówień „odpowiadających swoim

rodzajem i wartością” przedmiotowi zamówienia ugruntowane w praktyce, tak bowiem należy rozumieć doświadczenie w danej dziedzinie.

W przedmiotowej sprawie strony przyznały, iż wartość przedmiotu zamówienia jest kilkakrotnie wyższa od wartości zadań, których wykonaniem zobowiązani są wykazać się wykonawcy, zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu. Izba zwróciła również uwagę na fakt, iż przedmiotem zamówienia jest budowa drogi o klasie A – najwyższej z klas określonych rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 Nr 43, poz. 430). Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż sporny warunek udziału w postępowaniu nie jest wygórowany, wymagane roboty odpowiadają rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, przy jednoczesnym umożliwieniu ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom posiadającym doświadczenie w budowie dróg o niższej klasie i wartości od przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający formułując ww. warunek dopełnił starań w celu zapewnienia realizacji zamówienia przez podmiot posiadający stosowne doświadczenie zapewniając jednocześnie konkurencję w postaci firm nie wykonujących dotąd dróg tak wysokiej klasy. Izba zważyła również, iż zamówienia o tak szerokim zakresie i wadze nie można odnosić wyłącznie do polskiego rynku wykonawców. Powszechne i zgodne z prawem jest, iż o zamówienie w szczególności o tak dużej wartości i zasięgu ubiegają się podmioty z wielu krajów, co pozwala na zwiększenie konkurencji. Powyższe nie stanowi jednak bariery dla polskich wykonawców w ubieganiu się o zamówienie, jeżeli tylko spełniają postawione wymagania, co zostało przez Odwołującego wykazane w zestawieniu stanowiącym załącznik do odwołania. Z zestawienia tego wynika, iż w realizacji podobnych zamówień brali udział, oprócz firm zagranicznych, również polscy wykonawcy, zarówno samodzielnie, jak i w konsorcjach. Podkreślić przy tym należy, iż ustawa Pzp w art. 23 ust. 1 dopuszcza ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców występujących wspólnie. Nakazuje przy tym traktowanie wykonawców występujących w konsorcjach jak wykonawcę samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 3 ustawy Pzp). Celem takiej regulacji jest umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy wykonawcy osobno nie spełniają postawionych warunków udziału w postępowaniu. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, iż ugruntowany w orzecznictwie jest pogląd, iż wykonawcy przysługuje prawo do wykazywania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia, mimo że wykonane ono zostało w konsorcjum z innym podmiotem, uznając pogląd ten za słuszny. Skoro bowiem istnieje możliwość zawiązania konsorcjum w celu spełniania warunku, należy dać każdemu z członków konsorcjum prawo do wykazywania się doświadczeniem, mimo że *de facto* nabyte ono zostało w konsorcjum, tym bardziej,

że zgodnie z art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy występujący w konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

W ocenie Izby, okoliczność, iż Odwołujący na chwilę obecną nie spełnia warunku udziału w postępowaniu nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami, które mogą nie zostać zaspokojone przy innym sformułowaniu wymagań. Nieuprawnione jest wymaganie od Zamawiającego, aby zrezygnował on z ochrony własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia nadmiernie obniżając wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie wykonawcom nie posiadającym doświadczenia w realizacji przedsięwzięć o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, za uprawniony Izba uznała także określony w pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu sposób kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku większej niż 10 liczby wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Opisane w ww. punkcie kryteria kwalifikacji zapewniają Zamawiającemu wybór wykonawców w najwyższym stopniu spełniających wymogi.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....