

WYROK/POSTANOWIENIE

z dnia 19 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Renata Tubisz**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 19 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEOINVEST sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Al. Solidarności 34** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Senatorska 37** protestu/protestów* z dnia 28 kwietnia 2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx zamawiającego*.

orzeka:

1. unieważnia postępowanie

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Senatorska 37** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEOINVEST sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Al. Solidarności 34;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Senatorska 37** na rzecz **NEOINVEST sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach,**

Al. Solidarności 34, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEOINVEST sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Al. Solidarności 34.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie projektu budowlanego centrum zarządzania komunikacją miejską wszczął Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Senatorska 37 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 kwietnia 2008r. za numerem 2008/S 72-097633.

W dniu 14 kwietnia 2008r. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (w skrócie SIWZ) na swojej stronie internetowej www.ztm.waw.pl.

W dniu 28 kwietnia 2008r. za pośrednictwem faksu NEOINVEST sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Al. Solidarności 34 – zwany dalej Odwołującym, wniósł protest na treść SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) – zwaną dalej ustawą oraz art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy.

Naruszenie prawa przez Zamawiającego, polegało zdaniem Odwołującego na wprowadzeniu w SIWZ w pkt VII ppkt 2 lit b SIWZ warunku uczestnictwa w przetargu polegającego na konieczności wylegitymowania się przez Wykonawcę doświadczeniem w postaci wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia tj. opracowania dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę budynku biurowego lub budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 10 000 m² i kubaturze co najmniej 40 000 m³, co zdaniem Odwołującego, ewidentnie stanowi działanie utrudniające uczciwą konkurencję i eliminuje zasadę równego traktowania wszystkich oferentów. Nadto kolejnym naruszeniem prawa przez Zamawiającego jest wprowadzenie w § 4 wzoru umowy oraz pkt 4.3, 4.6 i 4.7 dokumentu PN. „Zakres i forma dokumentacji projektowej budowy Centrum Zarządzania Komunikacją

Miejską w Warszawie” stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ zasad wykonywania przedmiotu umowy, tzw. fazy projektowania, zasad współpracy Wykonawcy z Zamawiającym przy prowadzeniu prac projektowych, trybu projektowania, co powoduje, że niemożliwe będzie wykonanie przedmiotu umowy w terminach realizacji, co czyni wadę przedmiotowego postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania, gdyż jest ono obarczone wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy, a modyfikacja treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna.

Odwołujący w uzasadnieniu protestu podniósł, że z treści pkt 3.2 na stronie 21 załącznika nr 1 do SIWZ tj. dokumentu o nazwie „Zakres i forma dokumentacji projektowej budowy Centrum Zarządzania Komunikacją Miejską w Warszawie” wynika, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie centrum o całkowitej powierzchni użytkowej ca 5720 m² i kubaturze ca 30 000 m³, a więc Zamawiający bezpodstawnie żąda doświadczenia w projektowaniu budynków o wiele większych pod względem powierzchni użytkowej i kubatury niż określony w SIWZ. Takie działanie wedle Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji, a to powoduje, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy – art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spowodowałoby naruszenie przepisów mających wpływ na wynik postępowania – art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-3026/05.

Nadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający poprzez wprowadzenie faz wykonywania prac i określenie obowiązków konsultacyjnych z nimi związanych określił niemożliwy do wykonania termin realizacji zamówienia. Zamawiający w pkt 4.7 załącznika nr 1 do SIWZ podał termin odbioru poszczególnych części określając jednocześnie, że warunkiem przystąpienia do opracowania każdej następnej fazy jest zaakceptowana faza projektu ją poprzedzająca. W każdej z tych faz można wyodrębnić kolejne czynności : uzgodnienia przedprojektowe, radę techniczną i opiniowanie, na które to czynności Zamawiający przewidział konkretne terminy. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt b umowy faza I ma być zakończona w terminie 90 dni od dnia podpisania umowy. Łącznie fazy I i Ia trwają minimum 67 dni, a więc realny pozostały termin na wykonanie prac koncepcyjnych wynosi 23 dni dla fazy I i Ia. Zgodnie zaś z § 4 ust. 1 lit. c umowy faza II ma być zakończona w terminie 150 dni od dnia podpisania umowy. Przy założeniu zatwierdzenia fazy I w ciągu 90 dni i po uwzględnieniu procedur fazy II – około 30 dni, realny pozostały czas na wykonanie prac projektowych i uzyskanie niezbędnych materiałów i uzgodnień fazy II wynosi 30 dni. W fazie II należy pozyskać mapy do celów projektowych, warunki techniczne przyłączenia do sieci miejskich, dokumentację geologiczną i geotechniczno-inżynierską, wykonać projekt architektoniczno-budowlany wraz z projektami branżowymi i projektem zagospodarowania terenu, uzyskać niezbędne uzgodnienia i złożyć

wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Do pozwolenia na budowę trzeba dołączyć decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji. Zgodnie z treści decyzji o ustaleniu lokalizacji celu publicznego w pkt 2.2.1 stwierdzono, że inwestycja jest ujęta jako rodzaj przedsięwzięć, które mogą znacząco oddziaływać na środowisko. Procedura związana z zapytaniem o raport oddziaływania na środowisko i zasięgnięcie opinii innych organów, jak również postępowanie prowadzone przez właściwy organ trwa 90 dni, a wydanie samej decyzji 30 dni, co daje łącznie 120 dni. O pozwolenie na budowę można wystąpić dopiero po zatwierdzeniu koncepcji i uzyskaniu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji, a więc w terminie 210 dni od podpisania umowy, czyli z tego wynika, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 150 dni jak to wynika z wzoru umowy.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 30 kwietnia 2008r. faksem i oddalił protest w całości. W uzasadnieniu wskazał, że do postępowania protestacyjnego nikt się nie przyłączył. Warunki udziału w postępowaniu zostały przez Zamawiającego określone prawidłowo i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego jest jedynie poruszanie się w ramach dokumentów wymienionych w rozporządzeniu z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605). Na poparcie swojej argumentacji przywołuje opinię Urzędu Zamówień Publicznych i komentarz pod red. T. Czajkowskiego Wydanie III Warszawa 2007 str. 127 – 128. Z tych poglądów doktryny wywodzi, że z uwagi na to, iż poprzednie postępowanie zostało unieważnione z powodu odmowy podpisania umowy i braku innych ważnych ofert (oferty odrzucono z powodu rażąco niskiej ceny), Zamawiający miał prawo nieznacznie zaostrzyć warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, co jest dodatkowo uzasadnione nadzwyczajną, pilną sytuacją spowodowaną opóźnieniem z powodu unieważnienia poprzedniego przetargu. Nadto Zamawiający wskazał., że rozporządzenie cyt. wyżej nie mówi o ilości ale o zakresie posługując się pojęciami rodzaj i wartość, a więc określenie takiej czy innej powierzchni lub kubatury nie jest w tym przypadku najistotniejsze i nie muszą być one takie same jak przedmiot zamówienia. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z 25 października 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-3026/05. Zdaniem Zamawiającego określone w warunku parametry nie są wygórowane. Odnośnie terminu wykonania zamówienia, to Zamawiający wskazał, że w poprzednim postępowaniu termin ten wynosił 6,5 miesiąca, a obecnie jest wydłużony do 9 miesięcy. Jak dotychczas, ani w poprzednim, ani w obecnym postępowaniu, nikt nie kwestionował terminów wykonania zamówienia i względy doświadczenia życiowego Zamawiającego wskazują, że termin ten jest realny. Nie można przyjąć, że wykonywanie jednej czynności wyklucza rozpoczęcie lub kontynuowanie drugiej. Można poszczególne fazy łączyć, a ponadto są to czynności rutynowe projektanta i

odejmowanie przez wykonawcę terminów przeznaczonych na uzgodnienia jest nieporozumieniem. Składany wniosek o wydanie decyzji środowiskowych może być opracowany już w pierwszych dniach rozpoczęcia prac projektowych, gdyż parametry obiektu, jego lokalizacja i zakres oddziaływania są znane już teraz. Budynki biurowe nie wymagają sporządzania raportu i Odwołujący może uzyskać decyzję umorzeniową – procedura trwa wówczas 30 dni, a Zamawiający posiada raport oddziaływania na środowisko dla istniejącego parkingu na 500 miejsc postojowych.

Z tych względów Zamawiający nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania.

W dniu 5 maja 2008r. odwołanie od przedmiotowego rozstrzygnięcia złożył Odwołujący i w całości podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w proteście.

Zdaniem Odwołującego przywoływana przez Zamawiającego opinia UZP oraz komentarz nie potwierdzają jego stanowiska i nie godzi się z twierdzeniem Zamawiającego, że doświadczenie wykonawcy w opracowaniu dokumentacji projektowej budynków znacznie większych niż przewidywany przez Zamawiającego może świadczyć i być gwarancją prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje, że jeśli Zamawiający oczekiwał usługi najwyższej jakości to wybrał zły tryb, bo zamiast przetargu nieograniczonego powinien był wybrać konkurs. Nadto wskazał, że Zamawiający myli pojęcia i nie zna procedur związanych z wydaniem decyzji środowiskowej. Podkreśla, że według niego, brak odwołania się od decyzji o lokalizacji celu publicznego w zakresie nakładającym wymóg pozyskania decyzji środowiskowej, powoduje, że konieczne jest pozyskanie takiej decyzji, a procedura pozyskania decyzji trwa 4 miesiące. Wystąpienie z wnioskiem jest możliwe dopiero po zatwierdzeniu koncepcji z uwagi na wymogi art. 46 i 49 ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska Dz.U.08.25.150 j.t. i dlatego błędne jest przekonanie Zamawiającego, że z wnioskiem tym można wystąpić tuż po podpisaniu umowy. Podkreślił, że tryb uzgodnień i narad roboczych określony w SIWZ wpływa hamująco na termin procesu projektowania. Odwołujący nie kwestionuje terminu wykonania zamówienia t.j. 9 miesięcy, ale terminy pośrednie właściwe dla fazy II.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający określił, że przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie projektu budowlanego, opracowanie projektów wykonawczych oraz dokumentacji kosztorysowej i specyfikacji technicznej dla Inwestora pod nazwą „Budowa Centrum Zarządzania Komunikacją Miejską wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę oraz do pełnienia funkcji nadzoru autorskiego przy realizacji zaprojektowanych robót – pkt VI.1. SIWZ. Szczegółowy zakres opracowań określa pkt VI.2

SIWZ i w tym zakresie mieści się opracowanie raportu oddziaływania na środowisko planowanego przedsięwzięcia, o ile właściwy organ do tego zobowiąże. W pkt. VII.2.b Zamawiający wymagał spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu o następującej treści – wykazania, że wykonawca wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przynajmniej dwie usługi odpowiadające zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. opracowania dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę budynku biurowego lub budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 10 000 m² i kubaturze co najmniej 40 000 m³ każdy – wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę – w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten mogą spełniać wspólnie, zaś na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedłożyć, zgodnie z pkt VIII.1.g, wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że te usługi zostały wykonane należycie (wg. Załącznika nr 4 do SIWZ). Z załącznika nr 1 do SIWZ „Zakres i forma dokumentacji projektowej budowy Centrum Zarządzania Komunikacją Miejską w Warszawie” rozdział III pkt. 3.2. str. 21 wynika, że powierzchnia użytkowa budynku biurowego, który ma być zaprojektowany wynosi 5720m², powierzchnia całkowita 8460 m², a kubatura ca 30 000 m³. Z tegoż dokumentu – rozdział III pkt 3.4.11 str. 24 wynika, że wykonawca zobowiązany jest do opracowania w imieniu Zamawiającego i na podstawie art. 46 ust. 1 i art. 46a ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, wniosku o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, a w razie decyzji administracyjnej o konieczności wykonania raportu o oddziaływaniu na środowisko, opracować taki raport. W pkt. 4.3, 4.4, 4.6.4.7 rozdziału IV str. 30-34 tegoż załącznika nr 1 Zamawiający wyodrębnia cztery fazy projektowania przy wykonywaniu, których obowiązywać będzie następujący tryb prowadzenia prac :

- a) uzgodnienia przedprojektowe – przed rozpoczęciem każdego projektu wykonawca zwołuje spotkanie w celu ostatecznego uzgodnienia wymagań w stosunku do wykonywanego projektu. Ze spotkania spisywane są uzgodnienia przedprojektowe. Oryginał uzgodnień wykonawca załączy do egzemplarza nr 1 projektu. Na tym etapie dopuszcza się, za zgodą Zamawiającego, wprowadzenie zmian do warunków technicznych zawartych w programie.

- b) I rada techniczna – zwołuje ją wykonawca po wykonaniu projektu w fazie roboczej lecz przed uzyskaniem uzgodnień
- c) II rada techniczna – wykonawca zwołuje ją w przypadku, gdy w wyniku uzgodnień zewnętrznych nastąpiły zmiany w projekcie wymagające zaaprobowania przez Zamawiającego.

O powyższych spotkaniach Zamawiający musi być powiadomiony pisemnie z co najmniej 7 dniowym wyprzedzeniem, dodatkowo może odbywać się, na wniosek wykonawcy, spotkanie uzgadniające. Zamawiający ma prawo zrezygnować z części ww. procedury, musi jednak powiadomić o tym wykonawcę na piśmie. Przekazanie projektów w ramach każdej z faz odbywa się po ich przyjęciu przez Zamawiającego. Ma on określony w każdej fazie czas odbioru projektów : faza Ia – 14 dni, faza I – 21 dni, faza II – 14 dni, faza III – 14 dni. Nadto zgodnie z § 4 ust. 1 załącznika nr 6 do SIWZ wzór umowy przedmiot umowy należy wykonać w terminie do 9 miesięcy od dnia podpisania umowy z uwzględnieniem terminów wykonania poszczególnych faz :

- a) Faza Ia, obejmująca wykonanie wstępnej koncepcji (założeń funkcjonalno-użytkowych) przedmiotu umowy,
- b) Faza I, obejmująca wykonanie projektu koncepcyjnego, w terminie 90 dni od dnia podpisania umowy tj. do dnia
- c) Faza II, obejmująca pozyskanie map do celów projektowych, pozyskanie warunków technicznych przyłączy do sieci miejskich, wykonanie dokumentacji geologicznej i geotechniczno-inżynierskiej, wykonanie projektu architektoniczno – budowlanego wraz z projektami branżowymi i projektem zagospodarowania terenu oraz złożeniem wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę przedmiotu umowy, w terminie 150 dni od dnia podpisania umowy, tj. do dnia
- d) Faza III, obejmująca wykonanie projektów wykonawczych branżowych wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę, w terminie do 9 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Z decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 313/BEM/07 z dnia 23 lipca 2007r. wynika (pkt. 1.1) zaplanowanie budowy obiektu o ca 2200m² powierzchni zabudowy, powierzchni całkowitej 13 000 m², wysokości ca 30 m (VII kondygnacji), II kondygnacje podziemne, przewidywana liczba miejsc parkingowych : w parkingu podziemnym ca 120, miejsca naziemne ca 350. Nadto w pkt 2.2.1 tej decyzji wskazano, że inwestycja jest ujęta w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 10 maja 2005r. zmieniającym Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2004r. w sprawie określania rodzajów przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko oraz szczegółowych uwarunkowań związanych z kwalifikowaniem przedsięwzięcia do sporządzenia raportu o oddziaływaniu na środowisko (Dz. U. z 2004r. nr 257 poz. 2573).

Zgodnie z dokumentem – Szacunkowa wartość Budynku Centrum Zarządzania Komunikacją Miejską łączny koszt zamawianej usługi został wyszacowany na kwotę 3 854 529 000,00zł brutto.

Zamawiający, odpowiadając na zapytania wykonawców w piśmie z dnia 25 kwietnia 2008r., wskazał ponadto, że nie jest możliwa zmiana terminu opracowania projektu w przypadku przekroczenia terminów zgodnych z kpa lub ustawami i rozporządzeniami szczególnymi przez organa opiniujące, zatwierdzające lub wydające decyzje administracyjne i Zamawiający nie zamierza modyfikować SIWZ w tym zakresie – wyjaśnienie na pytanie nr 1

Izba zważyła, co następuje :

1. odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 i 2 ustawy poprzez określenie warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób utrudniający dostęp do zamówienia i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy naruszył art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 i 2 ustawy konstruując warunek w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i jego wartości.

Jak ustalono powyżej przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu jest mniejszy powierzchnią i kubaturą od wymaganego w postępowaniu warunku dopuszczania do udziału w postępowaniu. Nadto pod względem powierzchni użytkowej odbiega niemal 5 krotnie od wielkości projektowanego budynku określonego w decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego (decyzja – powierzchnia 2200 m², SIWZ – powierzchnia 5720

m², warunek – powierzchnia 10 000 m²). Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605) w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Ustawodawca zatem odnosi minimalne wymagania w stosunku do wykonawcy w zakresie doświadczenia, nie do możliwości wszystkich wykonawców na danym rynku, czy też grup takich wykonawców, ale do przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Doświadczenia ma polegać zatem na świadczeniu usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Pod pojęciem „usługi odpowiadające” należy rozumieć ściśle związanie z przedmiotem zamówienia, którego granice nie powinny być przekroczone przy formułowaniu warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu. W przypadku świadczenia usług projektowych rozmiary projektowanego budynku mają zasadnicze znaczenia, dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Rozmiary budynku mają znaczenie choćby do określenia rodzaju uprawnień w ramach specjalności budowlanej np. architektonicznej bez ograniczeń i z ograniczeniami czy konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i z ograniczeniami. Ponadto elementami istotnymi dla projektowania są przeznaczenie, sposób użytkowania, usytuowanie, rozmiary, sposób i zakres oddziaływania na otoczenie i złożoność rozwiązań technicznych oraz rodzaj i specyfika obiektu budowlanego. Nadto z zależności od rodzaju projektowanego budynku inne są także wymogi w zakresie opisu technicznego np. w stosunku do obiektu użyteczności publicznej i budynku mieszkalnego wielorodzinnego - sposób zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne, w szczególności poruszające się na wózkach

inwalidzkich; w stosunku do obiektu usługowego, produkcyjnego lub technicznego - podstawowe dane technologiczne oraz współzależności urządzeń i wyposażenia związanego z przeznaczeniem obiektu i jego rozwiązaniami budowlanymi; w stosunku do obiektu budowlanego liniowego - rozwiązania budowlane i techniczno-instalacyjne, nawiązujące do warunków terenu występujących wzdłuż jego trasy oraz rozwiązania techniczno-budowlane w miejscach charakterystycznych lub o szczególnym znaczeniu dla funkcjonowania obiektu albo istotne ze względów bezpieczeństwa, z uwzględnieniem wymaganych stref ochronnych. Z tego też względu ścisłe powiązanie samego projektowanego budynku z usługą jego zaprojektowania ma znaczenie przy ocenie doświadczenia projektanta. W przedmiotowej sprawie Zamawiający określił wymogi dla projektowanego budynku w sposób oderwany od przedmiotu zamówienia. Nie można uznać, że Zamawiający może w dowolny sposób określać warunek, byleby zachować możliwość konkurowania pomiędzy kilkoma wykonawcami. Sam fakt, że istnieją na rynku wykonawcy zdolni spełnić warunek określony przez Zamawiającego nie przesądza jeszcze o dopuszczalności tego warunku. Proporcjonalność czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami Zamawiającego. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia stanowił barierę dostępu do postępowania. Nie usprawiedliwia Zamawiającego okoliczność, że poprzednie postępowanie zostało unieważnione, gdyż jest to jedna z dwóch możliwości zakończenia się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i z taką możliwością Zamawiający powinien był się liczyć. Izba stwierdza ponadto, że Odwołujący, powołując się na prawo wspólnotowe, nie wskazał na sprzeczność prawa krajowego z normą art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, Izba zaś stoi na stanowisku, że prawo krajowe w tym względzie nie jest sprzeczne z prawem wspólnotowym, a tym samym nie było podstaw do bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdza, że określony przez Zamawiającego warunek naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy) i jako taki stanowił rażące naruszenie przepisów postępowania, a wobec niemożności modyfikacji warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu – art. 38 ust. 5 ustawy, nie ma możliwości konwalidacji postępowania i postępowanie obarczone jest wadą skutkującą jego unieważnieniem z mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

2. odnośnie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy poprzez określenie terminu wykonania fazy II projektowania w sposób mogący uniemożliwić wykonanie tej fazy usługi w terminie

Izba stwierdza naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż wykonanie fazy II projektowania w terminie 150 dni od daty podpisania umowy może nie być możliwe do zachowania z uwagi na ustawowe terminy pozyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia wynikające z działu VI ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Zgodnie z art. 48 ust. 4 cyt. ustawy uzgodnienia dokonywane w trakcie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach są dokonywane w terminie 60 dni od daty otrzymania dokumentów przez właściwy organ. Nadto w przypadku zaistnienia konieczności sporządzenia raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, termin na wydanie postanowienia w tym przedmiocie wynosi 30 dni zgodnie z art. 51 ust. 4d cyt. ustawy. Obowiązek pozyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych wynika bezpośrednio z pkt 2.2.1 decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 313/BEM/07 z dnia 23 lipca 2007r. Tym samym przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, konieczne jest wystąpienie z wnioskiem o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, a zatem bez pozyskania takiego dokumentu nie będzie możliwe uzyskanie pozwolenia na budowę i to niezależnie od własnej oceny Zamawiającego, czy projektowany obiekt może znacząco oddziaływać na środowisko. Nie można więc przyjąć, jak chce tego Zamawiający, że termin na pozyskanie tego dokumentu będzie krótszy niż przewidziany w przepisach ustawy Prawo ochrony środowiska. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 4.7 wyraźnie postanowiono, że warunkiem przystąpienia do kolejnych faz jest uzyskanie akceptacji wykonania fazy poprzedzającej, świadczą o tym następujące zapisy: „Zaakceptowany projekt koncepcyjny stanowić będzie podstawę do przystąpienia do fazy I”; „Zaakceptowany projekt koncepcyjny stanowić będzie podstawę do przystąpienia do fazy II”; „Przyjęty i uzgodniony projekt stanowi element wystąpienia o wydanie pozwolenia na budowę”. Jednocześnie również w sposób ścisły Zamawiający określił, co ma być wykonane przez wykonawców w poszczególnych fazach projektowania. Tym samym nie jest możliwe wzajemne przenikanie czynności z poszczególnych faz, a w takim stanie rzeczy przy minimalnym czasie pozyskiwania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych – 60 dni i trwaniu fazy I do 90 dni, wykonanie fazy II w terminie 150 dni od daty podpisania umowy może okazać się terminem niemożliwym do zachowania. Przedłużenie się fazy II jest zatem możliwe do przewidzenia już na obecnym etapie postępowania i nie jest korzystne dla

Zamawiającego, a więc nie nadaje się do zmiany w trybie art. 144 ust. 1 ustawy. Zmiana taka byłaby zgodnie z art. 144 ust. 2 ustawy nieważna.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że postępowanie jest obarczone wadą określoną w art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....