

WYROK
z dnia 25 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „DHV Polska” Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25** protestu z dnia **22 października 2008 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. (lider), 00-175 Warszawa, ul. Jana Pawła II 78/27, APIA XXI S.A., 39005 Santander, ul. Luis Martinez 21, Hiszpania** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „DHV Polska” Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 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 „DHV Polska” Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez „DHV Polska” Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa pełnomocnika;
- 3) 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 „DHV Polska” Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41;

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *opracowanie dokumentacji projektowej rozbudowy drogi krajowej nr 57 granica województwa mazowieckiego – Przasnysz na odcinkach od km 112+994 do km 119+000, od km 123+000 do km 142+000, od km 142+244 do km 147+075, od km 147+327 do km 147+841, od km 148+410 do km 150+243* (numer referencyjny 88/2008). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2008 r. (S 147-197953). Zamawiający w dniu 15 października 2008 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. i APIA XXI S.A., zwanego dalej konsorcjum APIA. W dniu 22 października 2008 roku protest do Zamawiającego wniósł wykonawca DHV POLSKA Sp. z o.o. zarzucając dokonanie wyboru oferty z naruszeniem art. 7 i art. 91 ustawy pzp, a także zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum APIA na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a także zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum APIA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający oddalił protest w dniu 31 października 2008 roku, przekazując informację Protestującemu w dniu tym samym dniu. Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 listopada 2008 roku (data nadania przesyłki u operatora publicznego). W dniu 25 listopada 2008 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum APIA.

Odwołujący zarzuca, iż wybrane konsorcjum APIA nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, a zatem podlega ono wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Zamawiający określił warunek wykonania 1 zadania obejmującego opracowanie projektowe dla dróg klasy min. G, w zakresie którego wchodziła dokumentacja do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia i 1 zadania obejmującego opracowanie projektowe dla dróg klasy min. G, w zakresie którego wchodził Projekt Budowlany. Odwołujący zakwestionował zamówienia wykazane przez konsorcjum APIA i dotyczące:

- „Projektu budowlano-wykonawczego dla poszerzenia A-308 na odcinku A-44 (Iznalloz) – A-92 (Darro)”, kwestionując załączony dokument mający potwierdzać wykonanie zamówienia, który został wystawiony na inny podmiot o nazwie APIA XXI, nie będący uczestnikiem konsorcjum APIA. Tym samym dokument ten nie może być podstawą dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum APIA. Ponadto, Odwołujący wskazał, iż treść dokumentu w oryginalnym tłumaczeniu ogranicza przedmiot zamówienia do opracowania wyłącznie studium wariantów, którego celem miało być dopiero późniejsze opracowanie projektu. Poddaje to w wątpliwość wiarygodność wykonawcy, który potwierdził za zgodność z oryginałem tłumaczenie nie odpowiadające treści dokumentu.

- „Projekt budowlano-wykonawczy dla poszerzenia A-323 na odcinku Guadahortuna-Iznalloz) (Granada), 20 km”. Dokument załączony jako referencja, zarówno w oryginale, jak i jego tłumaczenie na język polski potwierdzają wyłącznie fakt wykonywania, a nie wykonania kontraktu na projekt przebudowy autostrady A-323. Ponadto dokument w wersji oryginalnej nie potwierdza wykonania projektu budowlano-wykonawczego, gdyż dotyczył studium akustycznego infrastruktury, obejmującego ocenę hałasu i projekt akustyczny rozwiązań.

- „Opracowanie dokumentacji projektowej dla budowy zewnętrznej obwodnicy miasta Granada wraz z drogą dojazdową do portu lotniczego”. Z załączonej referencji nie wynika, żeby studium informacyjne dla obwodnicy tworzyło materiał możliwy do uznania za analogiczny z polską dokumentacją wymaganą do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgodny na realizację przedsięwzięcia, tj. wykonania raportu o oddziaływaniu na środowisko, uzyskanie kopii mapy zasadniczej z zaznaczonym przebiegiem granic terenu. Z referencji wynika wykonanie studium informacyjnego, a celem prac było studium techniczne, ekonomiczne i środowiskowe i późniejsza analiza wariantów i koncepcja wstępna wariantu istniejącej obwodnicy. Tym samym referencja potwierdza, że zamówienie nie dotyczyło dokumentacji do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia.

Projekty nazwane „projektami budowlano-wykonawczymi”, wykazane przez konsorcjum APIA, nie odpowiadają polskiemu projektowi budowlanemu, którego forma i zakres określona

została w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 3 lipca 2003 roku (Dz. U. Nr 120, poz. 1133). Oryginalna treść referencji z dnia 30 czerwca 2008 roku dotyczy projektu konstrukcyjnego zawierającego trasowanie drogi, studium podłoża, drenaż, bilans mas ziemnych, przekładki sieci (telekomunikacyjnych, energetycznych, gazowych, itp.), oznakowanie stałe i zmienne, oświetlenie, przedmiary i kosztorys, nazwanego przez konsorcjum APIA „projektem budowlano-wykonawczym”. Nie jest on zdefiniowany w polskim systemie prawnym, a z dokumentów załączonych do oferty wynika, że nie zawiera wyników badań, schematów statystycznych, rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych, warunków i sposobów posadowienia. Zakres materiału w polskich warunkach składałby się w najlepszym razie na projekt koncepcyjny, daleko niewystarczający do uzyskania pozwolenia na budowę. Referencje dotyczące „Opracowanie projektu budowlano – wykonawczego: Autostrada Wybrzeża Kantabryjskiego A-8, odcinek: La Encina – Torrelavega (Kantabria)” wskazują na wykonanie pracy projektowej o niesprecyzowanym zakresie branżowym i merytorycznym, dotyczącym autostrady A-8 o wyszczególnionych niektórych elementach.

Opisany przez Zamawiającego warunek zawiera terminy sprecyzowane w przepisach prawa polskiego i w taki sposób należy je interpretować. Podsumowując, Odwołujący stwierdził, iż żadne z 4 zamówień nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający oddalając protest odniósł się do poszczególnych zamówień wskazanych na wykazie przez konsorcjum APIA:

– „Projekt budowlano-wykonawczy dla poszerzenia A-308 na odcinku A-44 (Iznalloz) – A-92 (Darro)”. Treść oświadczenia z załącznika nr 3 o wykonaniu „dokumentacji środowiskowej” nie pozostaje w sprzeczności z treścią referencji potwierdzającej opracowanie studium wariantów. Opis wariantów jest niezbędny przy sporządzaniu dokumentacji do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi nie muszą obejmować w swojej treści pełnego zakresu zamówienia, co wynika wprost z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów (...). Zdaniem Zamawiającego podana w referencji nazwa podmiotu dostatecznie go identyfikuje i nie ma zatem podstaw do tego, aby konsorcjum nie mogło się nim posługiwać. Informacja zamieszczona w załączniku nr 3, iż w ramach sporządzania dokumentacji dotyczącej poszerzenia drogi A-308 opracowany został projekt budowlano-wykonawczy, nie miała wpływu na ocenę spełniania warunku, gdyż Zamawiający uznał wykazanie się zamówieniem obejmującym dokumentację środowiskową, a zatem nie miała ona wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego dotyczące pozycji czwartej załącznika nr 3 – „Projekt budowlano-wykonawczy przebudowy drogi A-323 na odcinku Guadahortuna-

Iznaloz (Granada), 20 km". Referencje zostały wystawione w trakcie realizacji zamówienia, a zatem nie potwierdzają wprost, iż usługa została wykonana należycie.

W zakresie pozostałych dwóch usług wskazanych na wykazie, zarzuty są takie same, jednak nie są one uprawnione w świetle zapisów specyfikacji. Przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do wniosku, iż tylko wykonawcy, którzy zdobyli doświadczenie w projektowaniu w warunkach prawa polskiego mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonując opisu warunku nie odwoływał się do znaczenia pojęć w rozumieniu przepisów obowiązujących w tym zakresie w porządku krajowym, gdyż ograniczałoby to dostęp do zamówienia wykonawcom z Unii Europejskiej.

Wykonawca miał obowiązek opisać zadanie w sposób umożliwiający stwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a dokumenty załączane w celu potwierdzenia jego należytego wykonania nie muszą zawierać informacji na temat zakresu zadania. W związku z faktem, iż Zamawiający nie podzielił zarzutów dotyczących konieczności wykluczenia konsorcjum APIA z postępowania, uznaje także za bezzasadne zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum APIA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie podlegającej odrzuceniu, zatem bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 7 i art. 91 ustawy pzp.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota zarzutów względem oferty konsorcjum APIA sprowadza się do ustalenia sposobu rozumienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Szczególny nacisk Odwołujący położył na uzasadnianie tezy, iż warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 6.3 siwz należy interpretować ściśle i w kontekście dwóch ustaw właściwych na gruncie przepisów prawa krajowego, tj. ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, do których nawiązują użyte sformułowania „dokumentacja do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia” oraz „Projekt Budowlany”. W ocenie Zamawiającego taka interpretacja dyskryminowałaby wykonawców z innych krajów Unii Europejskiej, którzy zdobyli doświadczenie na gruncie przepisów obowiązujących w innych Państwach Członkowskich.

W ocenie składu orzekającego zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dają podstaw do interpretacji przedstawionej przez Odwołującego. Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu nie ograniczył dostępu do zamówienia wykonawcom,

którzy posiadają doświadczenie zdobyte na rynkach Wspólnoty Europejskiej. Takie zapisy godziłyby w podstawowe zasady Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską, tj. równego traktowania i niedyskryminacji i tym samym byłyby niedopuszczalne. Tym samym nie znajduje uzasadnienia teza przedstawiona przez Odwołującego, iż wykonawcy mieli obowiązek wykazać się doświadczeniem identycznym z procedurą określoną w polskich przepisach. Konsorcjum w załączonym do oferty wykazie wskazało w czterech pozycjach usługi świadczone w zakresie odpowiadającym warunkowi ustalonym przez Zamawiającego. W świetle postanowień pkt 6.3 siwz, wystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku było wskazanie jednego zadania obejmującego jednocześnie dokumentację do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia oraz projekt budowlany. Jednocześnie należy mieć na względzie przepisy wykonawcze do ustawy pzp., tj. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku 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), które w zakresie dotyczącym obecnych rozważań, wskazują na dostawy lub usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 221/08), *Już z samego brzmienia powołanego wyżej przepisu wynika, iż wolą ustawodawcy było objęcie jego dyspozycją usług i dostaw, niekoniecznie tożsamy z przedmiotem zamówienia. sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie, czy charakterze.* W tym kontekście nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, iż wykonawcy byli zobowiązani wykazać się doświadczeniem odpowiadającym ściśle procedurom ustalonym w przepisach prawa polskiego.

Konsorcjum APIA wykazało się doświadczeniem w zakresie zbieżnym z przedmiotem zamówienia, chociaż usługi realizowane były na gruncie przepisów obowiązujących w Królestwie Hiszpanii. Izba uznała, iż Zamawiający dokonał w sposób prawidłowy oceny dokumentów załączonych do oferty konsorcjum APIA, uznając, iż pozycja pierwsza na wykazie potwierdza doświadczenie w zakresie decyzji środowiskowych. Oznaczenie podmiotu w załączonej referencji (APIA XXI) w ocenie Izby w wysokim stopniu uprawdopodobnia, iż dotyczy ona członka konsorcjum APIA. Zamawiający kierując się treścią referencji nie uznał, iż potwierdzają one doświadczenie w zakresie projektu budowlanego, gdyż z treści wynikało, iż usługa dotyczyła projektu wariantowego. Usługi wskazane w pozycjach 2 i 3 wykazu potwierdzają doświadczenie w zakresie projektów budowlano-wykonawczych, które w ocenie Izby odpowiadają swoim rodzajem projektowi budowlanemu, o którym mowa w warunku. Izba nie przyznała racji Odwołującemu, zgodnie z

przedstawioną powyżej argumentacją, iż dla potwierdzenia spełniania warunku, koniecznym było wykazanie się projektami pozwalającymi na uzyskanie pozwolenia na budowę. W zakresie pozycji 4 wykazu, Zamawiający przyznał rację Odwołującemu już w rozstrzygnięciu protestu, iż referencje wydane w trakcie realizacji zamówienia nie potwierdzały jego wykonania. Nie miało to jednak znaczenia dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż pozostałe zamówienia były wystarczające dla pozytywnej oceny konsorcjum APIA.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego tłumaczeń dokumentów z języka hiszpańskiego, Izba stwierdziła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczność błędów w tłumaczeniu referencji. Tym samym Izba nie miała podstaw do przyznania racji Odwołującemu w tym zakresie.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania 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), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej przepisami rozporządzenia), Izba obciążyła Odwołującego się.

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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*