

Sygn. akt: KIO/UZP 488/08

**WYROK**  
z dnia 03.06.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek  
**Członkowie:** Grzegorz Mazurek  
Andrzej Niwicki  
**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.06.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 58-400 Kamienna Góra, ul. Zamkowa 3** protestu z dnia 09.05.2008 r.

przy udziale ..... zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz ..... - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.**

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 58-400 Kamienna Góra, ul. Zamkowa 3**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7602 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy sześćset dwa złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 58-400 Kamienna Góra, ul. Zamkowa 3** na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego na kwotę 3538,00 zł..
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44**

## Uzasadnienie

Zamawiający w dniu 5 maja 2008r. unieważnił postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na „opracowanie dokumentacji projektowej, kosztorysowej i przetargowej dla zadania „Kompleksowe rozwiązanie problemów gospodarki wodno-ściekowej w Kamiennej Górze” (numer referencyjny ZP/FS/U/01/12/07), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04 stycznia 2008r. pod numerem 2008/S 2-001881. W postępowaniu złożony został jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i był to wniosek Odwołującego się.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania, Zamawiający wskazał, iż zapisy ogłoszenia o postępowaniu nie określały precyzyjnie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, co uniemożliwia ocenę złożonego wniosku. Stan ten spowodowany został sposobem sformułowania warunków, które nie zostały wprost określone i wynikają one z treści żądanych dokumentów.

Zapisy ogłoszenia naruszają zakaz określania warunków podmiotowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, powodując, że postępowanie dotknięte jest wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powołana podstawa z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp została wypełniona, gdyż zapisy ogłoszenia naruszają uczciwą konkurencję, czyniąc postępowanie wadliwym.

Jako uniemożliwiające ocenę wniosku, wskazany został opis sposobu oceny spełniania warunku posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej przez wykonawców składających ofertę wspólną. Zapis ogłoszenia pozostawia wątpliwość co do tego, czy potencjał może być sumowany, czy też min. jeden wykonawca musi cały warunek spełniać.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż warunki podmiotowe dotyczące 12 ekspertów są bardzo rozbudowane i często „trudne do rozszyfrowania”. W przypadku eksperta 1 i 12, warunek posiadania 5 letniego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji przetargowych wg ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r., jest niemożliwy do spełnienia, gdyż wskazana ustawa obowiązuje dopiero od 4 lat. Powiązanie tego warunku z doświadczeniem w zakresie kontraktów zawieranych na podstawie FIDIC, zawartych w okresie ostatnich 3 lat, w tym jeden o wartości min. 50 mln. zł., jest w ocenie Zamawiającego warunkiem ewidentnie utrudniającym uczciwą konkurencję. Zapis odnoszący się do eksperta nr 2, 7 i 8 – „doświadczenie zawodowe na stanowisku” jest nieprecyzyjny i utrudnia uczciwą konkurencję ponieważ wyklucza wykonawców, którzy zdobyli doświadczenie prowadząc działalność gospodarczą osobiście – wówczas nie zajmowali stanowiska. Całość warunków dotyczących ekspertów 3,4,5,6, jest nieprecyzyjna, gdyż występujący spójnik „oraz” utrudnia odczytanie

warunku. Podobnie niezrozumiały jest zapis „lub później obowiązujących przepisów”, skoro nadal obowiązuje właściwe rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (...). W przypadku eksperta nr 9, nie wiadomo, czy wymagane doświadczenie dot. projektowania czy pełnienia funkcji inspektora nadzoru.

Ponadto, stawiany warunek doświadczenia w wykonywaniu zadań podobnych jest całkowicie nieczytelny przez co utrudnia sprawdzenie czy oferta spełnia wszystkie warunki. Niezależnie od tego, warunek wykonania dokumentacji projektowej w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie ma jakiegokolwiek związku z przedmiotem zamówienia, skoro przedmiotem postępowania jest wyłonienie wykonawcy dokumentacji projektowej.

W dniu 9 maja 2008r., protest wniósł wykonawca, który jako jedyny złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym odniósł się do poszczególnych zapisów ogłoszenia.

Z zapisu „(...) w przypadku Wykonawców/Wykonawcy spełniający niniejszy warunek (...)”, nie wynika, jak twierdzi Zamawiający, czy warunki finansowe wykonawców występujących wspólnie będą oceniane oddzielnie czy łącznie. Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem. Powyższy cytat oraz sama idea zawiązania konsorcjum, w sposób bezdyskusyjny mówią o wspólnym spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału ekonomicznego.

W odniesieniu do warunków dotyczących ekspertów (zdolności technicznej), Odwołujący wskazał:

1. W zakresie kierownika zespołu (ekspert 1) oraz specjalista w zakresie dokumentacji przetargowej (ekspert 12) - z warunku tego wynika, iż doświadczenie w kierowaniu zespołem dotyczy realizacji tylko dwóch dokumentacji, a określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego warunków kontraktowych FIDIC oraz wartości robót nie może być uznane za niezasadne, gdyż wykonanie dokumentacji przetargowej na realizację robót budowlanych wg FIDIC, bez doświadczenia w tym zakresie jest niemożliwe z uwagi na specyfikę takiej umowy oraz relacji pomiędzy Inżynierem, Wykonawcą robót, a Zamawiającym. Określenie wartości umożliwia wybór specjalisty, który wykonywał dokumentację o podobnym charakterze.
2. Co do warunków dotyczących projektantów w zakresie robót konstrukcyjno – budowlanych oraz projektanta sanitarnego – zdaniem Odwołującego żaden przepis prawa nie zabrania, aby osoba prowadząca działalność gospodarczą zajmowała stanowisko projektanta robót budowlanych. Warunek udziału w postępowaniu odnosi się do stanowiska w rozumieniu funkcji, niezależnie od sposobu zatrudnienia. Warunek ten należy rozumieć, jako określenie pełnionej funkcji podczas realizacji projektu inwestorskiego
3. Projektant sanitarny (ekspert nr 3), projektant w zakresie automatyki (AKPIA), projektant w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz projektant

technolog – wymaganie wykazania się doświadczeniem w przygotowaniu programu funkcjonalno użytkowego jest jednoznaczne, gdyż odsyła do właściwego rozporządzenia Ministra Infrastruktury

4. Projektant w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (ekspert 9) – postawiony warunek posiadania doświadczenia jako „projektanta lub inspektora robót elektrycznych” wraz z posiadaniem uprawnień projektowych, nie budzi wątpliwości, co do zakresu wymaganego doświadczenia.

Odnosząc się do konstrukcji warunku posiadania doświadczenia, Odwołujący wyjaśnił, iż składając wniosek nie miał wątpliwości co do treści punktu, a zapis dotyczący zaprojektuj i wybuduj odnosi się do dokumentacji przetargowych, nie zaś do projektów, jak twierdzi Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zmierza wyłącznie do unieważnienia postępowania, chociaż nie wykluczył Odwołującego, który złożył wniosek, jako jedyny w postępowaniu. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie może być mowy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, skoro żaden, nawet potencjalny wykonawca nie złożył protestu na zapisy specyfikacji.

Zamawiający w dniu 15 maja 2008r. oddalił protest, uznając go w całości za bezzasadny. Zamawiający stwierdził, iż zestawienie treści wniosku oraz złożonych dokumentów z postawionymi w ogłoszeniu wymogami, powoduje, iż nie można w sposób jednoznaczny dokonać oceny wniosku. Zamawiający podtrzymał, iż zapisy ogłoszenia nie określają wprost warunków progowych i odpowiednio do tego nie wskazano, jakie należy przedstawić dokumenty na potwierdzenie ich spełniania, co tym samym skutkuje brakiem możliwości oceny wniosku z wymogami Zamawiającego.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł w dniu 20 maja 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania wniosków, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazanie prowadzenie dalszego postępowania oraz zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu zostały zredagowane w sposób jasny i prawidłowy, ze wskazaniem dokumentów, za pomocą których dokonywana miała być ocena spełniania tych warunków.

W zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, zapis ogłoszenia wskazuje wprost, iż intencją Zamawiającego było sumowanie spełniania potencjału wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia, w przeciwnym wypadku Zamawiający zamieściłby zapis, iż warunek musi być spełniony przez każdego wykonawcę osobno. Dla przykładu wskazał na warunek osiągnięcia przychodów netto ze sprzedaży min. 5 mln. zł., na którego potwierdzenie rachunek zysków i strat może przedłożyć wykonawca, który ten warunek spełnia samodzielnie, chociaż dopuszcza się także spełnianie tego warunku przez dwóch lub więcej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W przypadku wątpliwości co do sposobu interpretacji warunku, Odwołujący wskazuje na istotę wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, przez wykonawców, którzy samodzielnie nie spełniają warunku, ale w połączeniu z innym wykonawcą są w stanie ten warunek potwierdzić.

W zakresie zastrzeżeń co do sposobu określenia zdolności technicznej – wymagań dotyczących ekspertów, Odwołujący wskazał, iż warunek opracowania 2 dokumentacji przetargowych na gruncie ustawy obowiązującej od 4 lat nie jest warunkiem wygórowanym. Pozostałe warunki dotyczące ekspertów są precyzyjne, jasne i zrozumiałe, a pewne utrudnienia związane są ze sposobem pisania ogłoszeń w ciągu, gdzie nie jest możliwe rozpoczynanie poszczególnych elementów tekstu od nowej linii.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, warunek wykonania dokumentacji projektowej w formule „zaprojektuj i wybuduj” ma związek z przedmiotem zamówienia, ponieważ zgodnie z pkt II.1.5 ogłoszenia, do zakresu przedmiotu zamówienia wchodzi program funkcjonalno-użytkowy.

Na podstawie treści ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 2-001881, oświadczeń stron oraz treści dokumentacji postępowania, skład orzekający ustalił i zważył, jak poniżej.

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż jego wniosek jako jedyny złożony w postępowaniu został oceniony pozytywnie i w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia oferty.

W zakresie warunku podmiotowego dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej (III.2.2), Zamawiający określił minimalny poziom, jaki muszą spełniać wykonawcy, określając: poziom rocznych przychodów netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 5 000 000 PLN., osiągnięty w każdym roku obrotowym z ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres; posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 2 000 000 PLN. oraz ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 PLN.

W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawcy zobowiązani zostali do przedłożenia dokumentów ( w przypadku wykonawców składających ofertę wspólną, dokumenty może

przedłożyć wykonawca/wcy spełniający warunek): rachunek zysków i strat stanowiący część sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, inny dokument określający przychody netto ze sprzedaży – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres; informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej w którym posiadają rachunek, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; polisę/inny dokument potwierdzający objęcie ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej.

Na tej podstawie Izba stwierdziła, iż określony warunek nie narusza uczciwej konkurencji, a żądane dokumenty pozwalają dokonać ocenę wniosku. Skład orzekający nie uznał słuszności stanowiska Zamawiającego, jakoby brak wskazana sposobu oceny spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwił dokonanie oceny wniosku konsorcjum. Treść ogłoszenia nie budzi wątpliwości co do dopuszczalności potwierdzenia warunku przez jednego z wykonawców działających wspólnie. Ponadto potwierdza to sama istota i cel składania oferty wspólnej przez wykonawców, którzy samodzielnie nie mogliby uczestniczyć w postępowaniu, chociażby z uwagi na swoje możliwości, czy to finansowe, czy też technologiczne. „Jest rzeczą naturalną, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są wobec siebie komplementarni (np. jeden jest producentem towarów, drugi świadczy usługi). Żądanie od każdego z nich spełniania wymogów adekwatnych do statusu drugiego nie jest racjonalne, nie wymaga tego też interes zamawiającego.” (komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, str. 129).

Ponadto potwierdzeniem możliwości dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, jest faktyczne dokonanie tej oceny przez komisję przetargową. Na podstawie druku ZP-16 (strony od 15 do 19 protokołu postępowania), skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum, na podstawie złożonego wniosku oraz wyjaśnień z dnia 7 marca 2008r. Z treści dokumentów wynika, iż Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o uzupełnienie wniosku w zakresie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – referencji, które zostały uzupełnione w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający na rozprawie potwierdził, iż komisja pozytywnie oceniła wniosek Odwołującego, stwierdzając, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów dotyczących sposobu określenia warunku posiadania doświadczenia oraz zdolności technicznej, skład orzekający stwierdził, iż zapisy ogłoszenia nie naruszają uczciwej konkurencji i pozwalają dokonać obiektywnej oceny złożonego wniosku.

Zarzuty dotyczące sposobu określenia warunków podmiotowych dotyczących ekspertów nie mogą być podstawą do unieważnienia postępowania. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający szeroko opisał swoje wymagania, jak również sposób dokonania oceny ich spełniania. Zapisy ogłoszenia nie budziły wątpliwości potencjalnych wykonawców, w tym również Odwołującego, który przygotował wniosek zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co potwierdza dokonana przez komisję przetargową pozytywna ocena wniosku. Izba nie dopatrzyła się w sposobie określenia warunku udziału w postępowaniu naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy.

Powołane przez Zamawiającego okoliczności przemawiające za obowiązkiem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w ocenie składu orzekającego, nie mają uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

Jednocześnie Izba nie uznała za trafny zarzut Odwołującego, który twierdził, iż na obecnym etapie postępowania nie może mieć zastosowania powołana podstawa prawna z art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż na obecnym etapie postępowania nie można mówić o wpływie naruszenia przepisów określonych w ustawie na wynik tego postępowania. Jak wywodził pełnomocnik Odwołującego w początkowym etapie postępowania nie można określić wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i dopiero na dalszym etapie postępowania będzie mogła mieć zastosowanie dyspozycja art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Tym samym Odwołujący wywodził, iż decyzja Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania oparta została na wadliwej podstawie prawnej.

Skład orzekający stwierdził, iż okoliczność przesądzająca o nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 6 może wystąpić na każdym etapie postępowania, do którego należy niewątpliwie ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. „Bezpośrednio na wynik postępowania wpływa naruszenie przepisów ustawy dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie zawsze jednak o wyniku postępowania decyduje wyłącznie naruszenie przepisów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej. Skutek taki będzie miało np. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (komentarz pod redakcją Pawła Graneckiego wydanie z 2007r., str. 364). Podobnie, w ocenie składu orzekającego, określenie warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem uczciwej konkurencji (art. 22 ust. 2), będzie wypełniało dyspozycję art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp., jeżeli zawęzi to krąg potencjalnych wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku postępowania. Nie tylko sam wybór oferty najkorzystniejszej

określa sposób rozstrzygnięcia postępowania. W wyniku wadliwego określenia warunków udziału w postępowaniu może zachodzić konieczność jego unieważnienia i tym samym zamknięcia drogi do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu, niezależnie od trybu. Zatem, gdyby nie wadliwe określenie warunków udziału w postępowaniu na etapie ogłoszenia, wynik postępowania byłby inny.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba orzekła jak w sentencji, mając na uwadze ograniczenie na rozprawie żądań przez Odwołującego wyłącznie do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku sprawy. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U z 2007r. Nr 128, poz. 886), Izba obciążyła Zamawiającego uzasadnionymi kosztami Odwołującego z tytułu zastępstwa procesowego, w kwocie 3538,00 zł, określonej na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury VAT nr 10/KM/06/08 z dnia 03.06.2008 r.

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/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*