

Sygn. akt UZP/ZO/0-62/07

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 24 stycznia 2007 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

Lidia Mirosława Piotr - Krajecka

arbitrzy:

Władysław Tadeusz Iwaniec

Elżbieta Małgorzata Waśniowska

protokolant

Urszula Pietrzak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.01.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Wojewódzkie Biuro Projektów, Zabrze, ul. Knuruwska 19 od oddalenia przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25 protestu z dnia 20.12.2006 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Xxx po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzkie Biuro Projektów, Zabrze, ul. Knurowska 19

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4348 zł 79 gr (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści osiem złotych, siedemdziesiąt dziewięć groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Wojewódzkie Biuro Projektów, Zabrze, ul. Knurowska 19
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz,
stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15651 zł 21 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt jeden złotych, dwadzieścia jeden groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wojewódzkie Biuro Projektów, Zabrze, ul. Knurowska 19 .

3. Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dokumentacji projektowej dla uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla zadania „Rozbudowa i budowa drogi krajowej nr 75 na odcinku Krzyżówka – Tylicz – Muszynka – Granica Państwa”, Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie w dniu 15.12.2006r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

Wykonawcę – Konsorcjum MP Mosty Sp. z o.o. w Krakowie i MP Mosty Biuro Usług Inżynierskich S.C. Marta Potępa, Mariusz Potępa w Krakowie (wybrany Wykonawca w dalszej części uzasadnienia zwany „Konsorcjum MP Mosty”).

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 20.12.2006r. oprotestowało Wojewódzkie Biuro Projektów Sp. z o.o. w Zabrze, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10) i art. 24 ust. 2 pkt. 4) w zw. z art. 22 i art. 26 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MP Mosty z postępowania. W uzasadnieniu protestu Protestujący wskazał, że zgodnie z punktem 6.2.3 SIWZ wykonawca musiał wykazać, że w okresie 3 lat poprzedzających datę wszczęcia postępowania wykonał (zakończył) co najmniej dwie dokumentacje projektowe wielobranżowe (zawierające projekt budowlany, projekt wykonawczy i raport oddziaływania na środowisko) dotyczące przebudowy lub budowy drogi klasy min. G wraz z obiektami inżynierskimi. W ocenie Protestującego wybrane Konsorcjum MP Mosty wykazało w swojej ofercie 8 prac projektowych, które jednak łącznie nie spełniają warunków określonych w punkcie 6.2.3 SIWZ, gdyż nie zawierają raportu oddziaływania na środowisko oraz/lub dotyczą wyłącznie przebudowy lub budowy drogi lub wyłącznie obiektów inżynierskich. Ponadto dokumentacja nr 1 z wykazu została wykonana w ramach czasowych niezgodnych z trzyletnim terminem określonym w SIWZ, a zakresu prac projektowych w dokumentacji z poz. nr 4 i 5 wykazu nie potwierdza załączona do oferty referencja. Protestujący zarzucił również, że w ofercie Konsorcjum MP Mosty brak jest dowodu uiszczenia wadium, a ponadto wykonawca ten nie spełnia warunku potencjału ekonomicznego określonego w punkcie 6.2.1 SIWZ. Zgodnie z tym punktem wykonawca musiał wykazać przychód netto za ostatni rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 1.500.000 PLN, a uczestnicy Konsorcjum MP Mosty wykazali przychód w wysokości 529.508 PLN i 1.315.371 PLN. Według Protestującego brak jest podstaw do zsumowania tych przychodów, gdyż Zamawiający wymagał, aby warunek ekonomiczny spełniał przynajmniej jeden z konsorcjantów.

Zarzucając powyższe Protestujący domagał się dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum MP Mosty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego, co uzasadnia interes prawny w złożeniu protestu.

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie pismem z dnia 02.01.2007r. oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podał, że określony w pkt 6.2.3 SIWZ „wymóg wykonania (zakończenia)” dotyczył terminu zakończenia dokumentacji, który ma się mieścić w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających datę wszczęcia postępowania, a nie wykonywania prac w tym okresie. Załączony do oferty Konsorcjum MP Mosty wykaz w poz. 4 i 5 potwierdza wymagane doświadczenie w zakresie wykonania co najmniej dwóch dokumentacji projektowo branżowych, zawierających projekt budowlany, projekt wykonawczy i raport oddziaływania na środowisko. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw prawnych do wymagania, aby treść referencji wyszczególniała każdy z elementów składających się na całość zadania, a zatem wymóg posiadania potencjału ekonomiczno-finansowego określony w pkt. 6.2.1 SIWZ został spełniony gdyż łączne przychody obu konsorcjantów wynoszą 1.844.879 PLN. Konsorcjum MP Mosty wpłaciło też na konto Zamawiającego przez terminem otwarcia ofert wymagane wadium w wysokości 9000 PLN.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 08.01.2007r. wykonawca - Wojewódzkie Biuro Projektów Sp. z o.o. w Zabrze wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty dotyczące nie spełnienia przez Konsorcjum MP Mosty wymagań w zakresie doświadczenia i potencjału ekonomiczno-finansowego. Odwołujący podkreślił, że uznane przez Zamawiającego dokumentacje z poz. 4 i 5 wykazu nie zostały potwierdzone w referencji z dnia 28.11.2006r. co do zakresu wykonanych prac, a zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzaju i form dokumentów, referencje powinny wykazywać wykonanie elementów istotnych stanowiących

warunek udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw prawnych do zsumowania przychodów obu konsorcjantów, gdyż łączne spełnienie warunków polega na tym, iż w ramach konsorcjum znajduje się co najmniej jeden wykonawca, który spełnia dany warunek ale np. nie spełnia innych. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty i dokonania ponownej oceny ofert, w wyniku której Konsorcjum MP Mosty zostanie wykluczone z postępowania oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie Zespół Arbitrów ustalił, co następuje:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla postępowania na wykonanie dokumentacji projektowej dla uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla zadania „Rozbudowa i budowa drogi krajowej nr 75 na odcinku Krzyżówka – Tylicz – Muszynka – Granica Państwa”, Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie opisał warunki udziału w postępowaniu (ogólne pkt 6.1 SIWZ i szczególne pkt 6.2 SIWZ), oraz wskazał dokumenty i oświadczenia, jakie należy załączyć do oferty na potwierdzenie spełnienia tych warunków.

W celu potwierdzenia doświadczenia, zgodnie z pkt 6.2.3. SIWZ wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat poprzedzających datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (zakończył) co najmniej dwie dokumentacje projektowe wielobranżowe (zawierające projekt budowlany, projekt wykonawczy i raport oddziaływania na środowisko). Dokumentacje te muszą dotyczyć przebudowy lub budowy drogi klasy min. G wraz z obiektami inżynierskimi. Informacje o doświadczeniu wykonawcy należało złożyć na formularzu, a do informacji winny być

dolączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji dokumentacje projektowe zostały wykonane należycie (pkt 7.2.5 SIWZ).

W celu potwierdzenia posiadania potencjału ekonomiczno - finansowego, zgodnie z pkt 6.2.1.ppkt 1) SIWZ wykonawca musiał wykazać przychód za ostatni rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi” – w wysokości nie mniejszej niż 1.500.000 zł.

W punkcie 6.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o wykonanie zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają warunki szczegółowe określone w pkt. 6.2.1 – 6.2.3 (czyli warunki dot. potencjału ekonomiczno - finansowego, potencjału kadrowego i doświadczenia).

Oceniając zarzuty podniesione w odwołaniu Wojewódzkiego Biura Projektów Sp. z o.o. w Zabrzu, Zespół Arbitrów zważył, że:

Zarzuty dotyczące nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mają znaczenie merytoryczne, albowiem decydują o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu, a co za tym idzie możliwości oceny złożonej przez niego oferty. Nie spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub nie złożenie dokumentów potwierdzających ich spełnienie obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 lub art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2006r. Nr 164 poz. 1163 z późn. zm).

Zgodnie z art. 22 w/cyt. Ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;

2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;

4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający ma obowiązek wskazania warunków udziału w postępowaniu oraz podania informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają przedłożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków (art. 36 ust. 1 pkt. 8 i 9 ustawy). W postępowaniach o wartości przekraczającej 60.000 euro Zamawiający zobowiązany jest żądać przedłożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie wyznaczonych warunków. Krąg potencjalnych dokumentów, jakie w ogóle mogą być brane pod uwagę i którego nie wolno przekraczać określają przepisy 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).

Odpowiednio do wskazanych przepisów oraz postanowień SIWZ dla przedmiotowego postępowania, Zespół Arbitrów ocenił czy w ofercie Konsorcjum MP Mosty Sp. z o.o. i MP Mosty Biuro Usług Inżynierskich S.C. Marta Potępa, Mariusz Potępa znajdują się wymagane dokumenty, a co za tym idzie czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na stronie 49-52 oferty Konsorcjum MP Mosty zamieszczony jest Formularz 3 „Doświadczenie wykonawcy”, gdzie w poz. 4 i 5 ujęte są dokumentacje projektowe spełniające wymagania określone w pkt. 6.2.3.SIWZ (okoliczność przyznana przez Odwołującego). Do tych pozycji Konsorcjum załączyło referencję z dnia 28.11.2006r. wystawioną przez GDDKiA O/Kraków (str. 56 oferty), która potwierdza, że prace opisane w poz. 4 i 5 obejmowały opracowanie projektu budowlanego, projektu wykonawczego przebudowy obiektów polegającej na rozbiórce i budowie

nowego mostu wraz z dojazdami dostosowanymi do przekroju drogi klasy GP oraz wykonanie materiałów przetargowych. Referencja stwierdza, że wymienione opracowania wykonane zostały zgodnie z wymogami formalnymi oraz obowiązującymi przepisami (dowód: kopia referencji w aktach sprawy).

Na stronach 94 i 135 oferty Konsorcjum MP Mosty znajdują się dokumenty poświadczające przychód netto konsorcjantów na 31.12.2005r., tj rachunek zysków i strat dla MP Mosty Sp. z o.o. w wysokości 529.508,00 PLN i rachunek zysków i strat dla MP Mosty Biuro Usług Inżynierskich S.C. w wysokości 1.315.371,07 PLN.

W świetle dokonanych ustaleń Zespół Arbitrów stwierdził, że Konsorcjum MP Mosty spełnia warunki udziału w postępowaniu, tak w zakresie wymaganego doświadczenia jak i w zakresie wymaganego potencjału ekonomiczno-finansowego.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut, że referencja powinna wykazywać wykonanie elementów stanowiących warunek udziału w postępowaniu, nie jest zasadny. W tym zakresie Zespół Arbitrów podziela stanowisko Zamawiającego, które prezentowane jest również w literaturze i orzecznictwie ZA, że przepisy prawa nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencje. Nie można zatem wyciągać negatywnej konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie realizacji danej pracy posługuje się referencją, która w swej treści nie w pełni odpowiada na żądane do podania informacji (wyrok ZA z dnia 9 lutego 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-346/06). 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), Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw (lub usług) niczego więcej ponad potwierdzenie, że dostawy te (lub usługi) zostały wykonane należycie. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do

wykonawcy. Nie można jednak żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia. Informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (wyrok ZA z dnia 11.04.2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-640/06).

W niniejszej sprawie bezsporny jest fakt, iż Konsorcjum MP Mosty złożyło oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i przedłożyło informację o posiadanym doświadczeniu. Informacja ta wymagana pkt. 7.2.5 SIWZ potwierdza doświadczenie wykonawcy, a oświadczenie Konsorcjum w tym zakresie nie jest kwestionowane co do jego prawdziwości. Przedmiotem zarzutu jest jedynie treść referencji załączonej do oferty. SIWZ nie wymagała określonej treści tego dokumentu lecz jedynie potwierdzenia, że (cyt) „wymienione w informacji dokumentacje projektowe zostały wykonane należycie”. Z treści referencji z dnia 28.11.2006r. – chociaż istotnie nie zawiera ona szczegółowego opisu zakresu wykonanej dokumentacji - fakt należytego wykonania dokumentacji wskazanych w pkt. 4 i 5 informacji został potwierdzony. Tym samym Konsorcjum MP Mosty spełniło i udokumentowało warunek wykonania co najmniej dwóch dokumentacji projektowych wielobranżowych określony w pkt. 6.2.3 SIWZ.

Niezasadna jest również ocena Odwołującego, że brak jest podstaw prawnych do zsumowania przychodów obu konsorcjantów. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych oferta konsorcjum traktowana jest jako wspólna oferta w rozumieniu art. 23 ustawy. Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy co oznacza, że każdy z uczestników konsorcjum musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Przesłanki do wykluczenia jednego z uczestników konsorcjum powodują wykluczenie całego konsorcjum z postępowania. Natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 pkt 1 - 3 ustawy należy brać pod uwagę łączny potencjał uczestników konsorcjum (wyrok ZA z dnia 20.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-34/05; por. też: Zamówienia publiczne – Doradca Nr5 (85) maj 2004, Barbara

Wysoka „Jakich dokumentów może żądać zamawiający”; str. 107 Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, wyd. UZP Warszawa 2006).

Art. 23 ust. 3 ustawy stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum). Przepis ten należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną świadczącą, iż spełnienie warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa zgodnie, z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez Zamawiającego (wyrok ZA z dnia 20.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-43/05).

Wymóg dotyczący posiadania w ostatnim roku obrotowym przychodu netto w wysokości co najmniej 1.500.000 PLN został spełniony przez Konsorcjum MP Mosty, gdyż łączne przychody obu konsorcjantów na dzień 31.12.2005r. wynoszą 1.844.897,07 PLN. Żądanie od każdego z członków konsorcjum spełnienia oddzielnie warunku posiadania obrotu co najmniej 1.500.000 PLN byłoby nieuprawnionym ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji. Oczywistym jest bowiem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni i spełnienie danego warunku przez jednego lub razem przez obu, winno być traktowane jako spełnienie warunku przez konsorcjum (wyrok ZA z dnia 28.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-119/05; str. 97 - 100 Prawo zamówień publicznych Komentarz wydanie drugie UZP Warszawa 2006).

Biorąc pod uwagę powyższe odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, 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

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

.....

arbitrzy:

.....

.....

* Niepotrzebne skreślić.