

Sygn. akt UZP/ZO/0-494/06

**WYROK**

**Zespołu Arbitrów z dnia 24 lutego 2006 r.**

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Roman Mirosław Kołuda**

Arbitrzy: **Ryszard Łuczak**

**Aleksandra Nina Kasiuwara**

Protokolant **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.02.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych VIA S.C. Brodnica, ul. Sikorskiego 21** od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31/4** protestu z dnia 31 stycznia 2006 r.

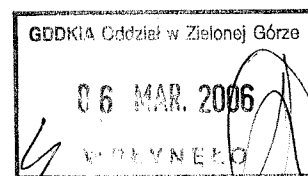
**orzeka:**

1. *Uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.*

(15) 15. 08. 03. 2006.  
Chmielkowska  
15  
2006.03.06  
13  
F

①  
A

3  
J



2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31/4**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 948 zł 59 gr**

(słownie: **dwa tysiące dziewięćset czterdzieści osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych VIA S.C. Brodnica, ul. Sikorskiego 21**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 948 zł 59 gr**

(słownie: **dwa tysiące dziewięćset czterdzieści osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31/4** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych VIA S.C. Brodnica, ul. Sikorskiego 21**

- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**

(słownie: **xxx**)

przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

- 4) dokonać zwrotu kwoty **1 725 zł 41 gr**

(słownie: **jeden tysiąc siedemset dwadzieścia pięć złotych czterdzieści jeden groszy**)

z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych VIA S.C. Brodnica, ul. Sikorskiego 21 .**

3. Uzasadnienie

*Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „VIA”s.c. Renata Roćlowska i Wojciech Roćlowski z Brodnicy oprotestowali zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w*

*prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie oznakowania poziomego dróg krajowych na terenie województwa lubuskiego zarzucając Zamawiającemu:*

*- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ustalenie warunków stawianych wykonawcom bez zachowania równych praw wszystkim podmiotom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,*

*- naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez określenie nieadekwatnych do zamówienia warunków, jakie ma spełnić oferent w zakresie doświadczenia zawodowego. W szczegółowym uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że:*

*Zamawiający w pkt 2.2.2 Instrukcji dla wykonawców żąda, aby wykazali się oni wykonaniem w ciągu 5 lat co najmniej trzech zadań o zakresie i złożoności porównywalnej do przedmiotu zamówienia o wartości nie niższej niż:*

*- dla zadania I- 1 200 000 zł,*

*- dla zadania II- 850 000 zł,*

*- dla zadania III- 900 000 zł, co jest sprzeczne z powołanymi już wyżej przepisami Pzp.*

*Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców pismem z dnia 26.01.2006r. wyjaśnił, że każde z trzech zadań powinno mieć wartość wyżej wymienioną, co zdaniem Odwołującego dodatkowo potwierdza zarzuty wobec warunków przetargu. Odwołujący się wobec tak postawionych warunków stwierdza, że wykonawcy, którzy w ubiegłych latach wykonywali prace tożsame z niniejszemu zamówieniem, lecz oferowali niższe ceny i z tego powodu wartość zrealizowanych zadań była niższa od postawionych warunków zostali wyeliminowani z tego postępowania. W przekonaniu Odwołującego się związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem ustawy z powodów ustalenia wysokiego progu wartości poprzednio*

zrealizowanych zadań, a jego interesem prawnym polega na tym, że pomimo posiadanego potencjału technicznego, kadr i dotychczasowego doświadczenia potwierdzonego referencjami nie może on złożyć oferty przetargowej z uwagi na subiektywne i nieracjonalne określenie warunków przystąpienia do przetargu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie traktuje na równych prawach wszystkich podmiotów będących w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Odwołujący na rzecz Zamawiającego wykonuje oznakowania poziome dróg od 1992r. i posiada od niego pozytywne referencje. Posiada również laboratorium drogowe utworzone w tym celu. Przez okres ostatnich 5 lat wykonał kilkanaście zadań o zakresie i złożoności porównywalnej z robotami będącymi przedmiotem niniejszego zamówienia i przez ustalenie wygórowanych progów zadań, którymi ma się wykazać zostaje wyeliminowany z tego postępowania, albowiem żadne z zrealizowanych zadań na rzecz Zamawiającego nie przekraczało ustalonej przez niego wartości. Warunek wykazania się zrealizowaniem zadań o ustalonej nieracjonalnie wartości, zdaniem Odwołującego się, nosi znamiona utrudniania dostępu tańszych wykonawców do tego zamówienia. Ponadto oceniając taki warunek jaki postawił Zamawiający odnośnie wykazania się wykonaniem co najmniej 3 zadań o wartości 1,2 mln zł każde, 850 tys. każde i 900 tys każde nie ma związku z przedmiotem zamówienia i utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem wartości tych zadań nie są właściwym miernikiem doświadczenia. Odwołujący się powołując się na Komentarz do ustawy Pzp i orzecznictwo Zespołów Arbitrów podkreśla, że warunki podmiotowe, które powinni spełniać wykonawcy, zawsze muszą być ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia. Przy zamówieniu, którego przedmiotem są roboty polegające na oznakowaniu poziomym dróg, nie wartość wykonanego zadania jest odzwierciedleniem doświadczenia, lecz przede wszystkim ilość wykonanych oznakowań mierzonych w metrach kwadratowych. Odwołujący wykonuje średnio 225 443 m<sup>2</sup> oznakowań poziomych dróg na rzecz Zamawiającego, podzielnych na zadania cząstkowe o wartości łącznej znacznie przewyższające wartości warunku tego postępowania, co oznacza, że posiada on duże

doświadczenie w wykonawstwie robót będących przedmiotem niniejszego zamówienia, lecz zostaje on wyeliminowany z tego postępowania, albowiem żadne ze zrealizowanych zadań nie osiąga wartości wyznaczonych przez Zamawiającego progów. Ponadto w odwołaniu Odwołujący przykładowo podaje warunki w zakresie doświadczenia, jakie stawiają Zamawiający z innych Oddziałów GDDKiA. Tym warunkiem w innych oddziałach są ilości wykonanych oznakowań, a nie wartość zadania. Wskazując na powyższe, Odwołujący jest zdania, że w niniejszym postępowaniu warunkiem wystarczającym w zakresie doświadczenia powinno być wykonanie w ciągu pięciu lat łącznie robót oznakowania poziomego, co najmniej o wielkości zbliżonej do zakresu zamówienia, a nie wartość zadań. Tak, więc wymóg wykazania się wykonawstwem, co najmniej 3 zadań w ciągu pięciu lat o zakresie porównywalnym z przedmiotem zamówienia i o wartości każdego z nich nie niższych jak wymienione w Specyfikacji nie odzwierciedla wiarygodności wykonawcy w zakresie doświadczenia dla wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia, co narusza § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004r. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może w celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia żądać wykazu wykonanych robót, odpowiadających jedynie swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Wobec tego Zamawiający ustalając warunki wartościowe zadań doprowadził do naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w tym postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Żaden przepis ustawy, ani aktu wykonawczego nie uprawnia do wymagania konkretnej liczby wykonanych prac.

Ponadto w proteście Odwołujący podnosił, iż Zamawiający pominął w odpowiedzi na pytania wykonawców kwestie wyjaśnienia dotyczącego sprawozdania finansowych. Zamawiający w pkt 8.2.2 SIWZ dyskryminuje wykonawców, którzy nie sporządzają sprawozdań finansowych, a składają podatkowe zeznania roczne jako osoby fizyczne i dlatego nie mogą wykazać się

obrotami, zyskiem oraz zobowiązaniami i należnościami za ostatni rok obrotowy 2005, bowiem zeznania składa się do 30 kwietnia za rok ubiegły.

*Zamawiający nie odpowiedział na protest w terminie, co oznacza jego oddalenie.*

*Zespół Arbitrów po analizie materiału dowodowego i wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje:*

*Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający podniósł, iż protest został złożony po terminie powołując się na to, iż warunek w zakresie doświadczenia został zawarty już w ogłoszeniu, które ukazało się w BZP 21.12.2005r. i od tego, zdaniem Zamawiającego, rozpoczął się bieg terminu do wniesienia protestu. Po analizie powyższego wniosku Zespół Arbitrów uznał, iż dopiero otrzymanie SIWZ i zapoznanie się z jej treścią umożliwiło Wykonawcy powzięcie wątpliwości co do ustalonych warunków i bieg terminu do wniesienia protestu rozpoczął się od dnia następnego od otrzymania SIWZ. Wobec tego, Zespół Arbitrów postanowił rozpoznać odwołanie na rozprawie, które uwzględnia w całości. Bezspornym jest, że Zamawiający w SIWZ pkt 7.2.2 - Doświadczenie, wymagał od wykonawców aby wykazali się wykonaniem co najmniej 3 zadań w okresie ostatnich 5 lat o zakresie i złożoności porównywalnej z robotami będącymi przedmiotem niniejszego zamówienia o wartości: zadanie I 1,2 mln zł, zadanie II 850 tys zł zadanie III 900 tys zł. Bez wątplenia tak ustalone warunki w zakresie doświadczenia preferują wykonawców, którzy w przeszłości wykonywali zadania o dużej wartości, co nie przekłada się na ilość zrealizowanych robót w zakresie oznakowania poziomego dróg.*

*Zespół Arbitrów podzielił stanowisko Odwołującego, uznając, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem warunki w zakresie doświadczenia uniemożliwiają złożenie oferty tym wykonawcom, którzy wykonywali roboty o większym zakresie, lecz zadania te mogły mieć mniejszą wartość.*

*Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Sądów i Zespołów Arbitrów Zamawiający ma prawo do wskazywania konkretnych warunków jakich będzie wymagał od wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Jednakże ustalone warunki nie mogą eliminować z postępowania tych wykonawców, którzy posiadają wystarczające doświadczenie do realizacji zamówienia, lecz nie mogą wykazać się zrealizowaniem zadania ustalonego o wartości jaką określa Zamawiający w SIWZ. Zamawiający musi określić warunki tak, by były one adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamieszczenie w SIWZ wymogu złożenia oświadczenia o wykonaniu minimum 3 zadań o nie mniejszej wartości jak określono w pkt 7.2.2 SIWZ wykracza poza prawo do konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu, bowiem wprowadza się z góry założenie ograniczenia udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy wykonali mniejszą ilość podobnych robót o takim samym zakresie. W ocenie Zespołu Arbitrów postawiony warunek w zakresie doświadczenia, tj. wykazania się wykonawstwem 3 zadań określonych według wielkości wartości poszczególnych zadań nie przekłada się na faktyczne doświadczenie wykonawców, którzy wykonywali identyczny bądź większy zakres robót ale o mniejszej wartości. Odwołujący w przedłożonym materiale dowodowym wykazał, że tego samego rodzaju roboty wykonuje od wielu lat, w tym również na rzecz Zamawiającego, lecz wszystkie zadania, które realizował były niższe od progów ustalonych przez Zamawiającego w tym postępowaniu, natomiast ilość oznakowania poziomego były wyższe niż to określa przedmiot niniejszego zamówienia. W tej sytuacji należy podzielić stanowisko Odwołującego, iż poprzez ustalenia takich progów wartościowych zrealizowanych zadań utrudnia się dostęp do tego postępowania Odwołującemu jak i innym wykonawcom.*

*Zespół Arbitrów doszedł do przekonania, że w sytuacji konieczności zmiany warunków udziału w postępowaniu i ich oceny nie można powtórzyć tej czynności w tym postępowaniu ze względu na treść art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostosowanie wymagań spełnienia warunków przez wykonawców możliwe jest jedynie przez powtórzenie czynności od*

*ogłoszenia postępowania i zmianę zapisu SIWZ w zakresie doświadczenia w zastosowaniu innego miernika oceny niż wartość poprzednich zamówień w zakresie doświadczenia.*

*Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.*

*O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zespół Arbitrów nie uwzględnił kosztów zastępstwa prawnego Pełnomocnika Odwołującego ze względu na ich nieudokumentowanie stosownym rachunkiem, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 marca 2004r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. z 2004r. Nr 49, poz. 468).*

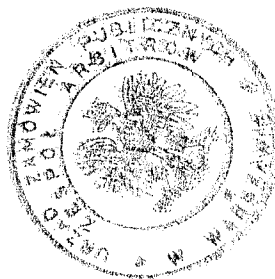


Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze <sup>1</sup>

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: [Signature]

Arbitrzy: [Signature]

[Signature]



<sup>1</sup> Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.