

WYROK
z dnia 25 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Energopol-Szczecin S.A., ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o., Zakład Usług Stoczniowych i Mostowych Sp. z o.o. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** protestu z dnia **18 maja 2009 r.**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Energopol-Szczecin S.A., ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o., Zakład Usług Stoczniowych i Mostowych Sp. z o.o. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Energopol-Szczecin**

S.A., ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o., Zakład Usług Stoczniowych i Mostowych Sp. z o.o. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin;

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Energopol-Szczecin S.A., ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o., Zakład Usług Stoczniowych i Mostowych Sp. z o.o. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, a przedmiotem zamówienia jest "Budowa mostu na rzece Odrze w ciągu drogi wojewódzkiej nr 323". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U E w dniu 17 marca 2009 r. nr ogłoszenia: 2009/S 52-074901. Zamawiającym w tym postępowaniu jest Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, a odwołującym się Wykonawcą jest Konsorcjum firm: "Energopol-Szczecin" Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie oraz "ABM POL-DRÓG LEGNICA" spółka z o.o. z siedzibą w Legnicy i ZAKŁAD USŁUG STOCZNIOWYCH I MOSTOWYCH spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

Odwołujący się Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP, a w szczególności naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 1, art. 48 ust. 2 oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W uzasadnieniu Wykonawca podniósł, iż wniesiony protest na czynność Zamawiającego był uzasadniony w całości. W szczególności Wykonawca wskazał, którym przepisom prawa uchybił Zamawiający w przebiegu postępowania. Jak podniósł Wykonawca, oprotestowana została czynność Zamawiającego w zakresie wezwania Wykonawcy, na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie punktu 2 (wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wymagane było jedno zadanie o wartości minimum 50 mln złotych, polegające na budowie mostu żelbetowego wykonanego z betonu sprężonego o rozpiętości przęsła minimum 80 m.

Mając na uwadze powyższe wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu wykonanych robót budowlanych. Uzasadniając interes prawny Wykonawcy, podał, iż uzyskał telefoniczną informację od Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu złożyło dziesięciu Wykonawców. Zgodnie z rozdziałem XV.3 Ogłoszenia, Zamawiający zaprosi dziesięciu Wykonawców do złożenia oferty, przedmiotowe zatem wezwanie narusza interes prawny Wykonawcy, gdyż nie uznanie przez Zamawiającego "doświadczenia" Wykonawcy, skutkuje wykluczeniem z przedmiotowego postępowania, a tym samym pozbawia go możliwości udziału w postępowaniu, złożenia oferty, a w razie korzystnego rozstrzygnięcia przetargu zawarcia umowy z Zamawiającym.

Wskazał, że wymagane zadanie, zostało wykazane w załączniku "Doświadczenie zawodowe" załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zatem Wykonawca spełnił wszystkie wymogi zapisane w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający pismem z dnia 21.05.2009, rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie jako bezzasadny. Odwołujący się Wykonawca kwestionując oddalenie protestu wskazał, iż Zamawiający jako organizator przetargu ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wykonawców, albowiem zasady ustalone art. 7 ust 1 PZP, są fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, podnosząc iż zasada równego traktowania wykonawców określana jest także jako zasada "sprawiedliwego traktowania oferentów" - Prawo Zamówień Publicznych. Wskazując na sformułowany warunek w Ogłoszeniu punkt IX podpunkt e) podniósł, iż dla potwierdzenia spełnienia w/w warunku Wykonawca przedstawił załącznik "Doświadczenie zawodowe", w którym wykazał zadanie "Remont i wzmocnienie mostu przez rzekę Wisłę w ciągu drogi krajowej nr 1 Gdańsk-Cieszyn-Granica Państwa w km 143+450 w miejscowości Chełmno" wraz z opisem potwierdzającym spełnienie warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu -str. 67 wniosku oraz dołączył dokument referencji potwierdzający należyte wykonanie w/w zadania - str. od 68 do 70 wniosku. W jego ocenie, Zamawiający błędnie interpretuje (porównuje) tytuł zamówienia z zakresem i rodzajem wykonanych robót przez Wykonawcę. Odwołując się do

ustawy z dnia 4 lipca 1994 (tekst jednolity Dz. U. z 2006 Nr 156, poz. 1118, ze zm.) Prawo Budowlane wskazał, iż przez budowę – należy rozumieć wykonanie, odbudowę, rozbudowę bądź nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 punkt 6), a przez przebudowę - należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak kubatura, powierzchnia zabudowy obiektu, wysokość, długość szerokość (art. 3 punkt 7a). Z kolei zgodnie z art. 3 punkt 8) przez remont należy rozumieć wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym czyli wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego. Powyższe definicje, zdaniem Wykonawcy, w jednoznaczny sposób wymieniają rodzaje robót budowlanych i pokazują różnice pomiędzy ich zakresami. Zamawiający podczas badania wniosku Wykonawcy, nie skupił się na treści oświadczenia - stanowiącego załącznik "Doświadczenie zawodowe", tylko na samym dokumencie referencji, która nie ma zadania potwierdzać zakresu wykonanych robót, a tylko stwierdzać, iż zadanie to zostało wykonane w sposób należyty. Zamawiający sam zresztą to potwierdza w rozstrzygnięciu protestu: Zamawiający przeanalizował zakres robót opisany w referencji dotyczący wykazanego przez Państwa zadania i uznał, iż nie odpowiada on zakresowi robót dla budowy mostu". Taki pogląd (decyzja) jest błędna co jednoznacznie utrwalone jest w linii orzeczniczej KIO, wskazując na wyrok KIO/UZP 618/08 z 04.07.2008, („obowiązkiem wykonawcy było zamieszczenie informacji wymaganych przez zamawiającego. Nie można wywodzić treści oświadczenia z nazwy nadanej zamówieniu"); wyrok: KIO/UZP 270/08 z dnia 09.04.2009, ("dokumenty referencji mają jedynie potwierdzać, że roboty zostały wykonane należycie"). Jest to dokument nie pochodzący od wykonawcy ale od osoby trzeciej. Ani zamawiający ani wykonawcy nie mogą narzucić zakresu referencji, innego niż wynika to z treści rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie dokumentów (...).

Dodaje, iż w przedmiotowym zadaniu wykazanym przez Wykonawcę mamy do czynienia z następującą konstrukcją (co Wykonawca przedstawił w oświadczeniu): Most o konstrukcji mieszanej długości całkowitej obiektu 1063,3 m, długość najdłuższego przęsła 96 m. Składa się z następujących konstrukcji: 1. Część zalewowa o konstrukcji żelbetowej składającej się z kablabetonowych belek -monolitycznych poprzecznie sprężanych z płytą żelbetową monolityczną pomostu. Wykonano przebudowę podpór, w tym przyczółków i płyt przejściowych. Roboty te zostały wykonane poprzez podniesienie przęseł umożliwiając wykonanie wyżej wymienionych podpór. 2. Część nurtowa o konstrukcji stalowej.

Zdaniem Odwołującego, konstrukcja mostu jednoznacznie przesądza, iż Wykonawca spełnia wymagania postawione w ogłoszeniu. Wykonane elementy mostu dobitnie wskazują, iż mamy odczynienia z cechami, o którym mowa w art. 3 punkt 6) Prawo Budowlane, czyli z budową, rozbudową, gdzie następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu. Na potwierdzenie powyższego wskazuje, iż np. nastąpiła zmiana parametru technicznego nośności pomostu na najwyższą klasę A z klasy C. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, nie miał podstaw, do zastosowania art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Zamawiający, jeżeli wystąpiły u niego jakiegokolwiek wątpliwości w toku oceny i badania wniosków, co do zakresu czy prawdziwości składanych oświadczeń, powinien zwrócić się do Wykonawcy na mocy art. 26 ust 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Twierdzenie takie jednoznacznie wynika z utrwalonej linii orzeczniczej KIO: Na poparcie stanowiska wskazał na wyrok KIO/UZP 260/08 z dnia 07.04.2008 [".w przypadku niejasnych zapisów przedstawionych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przed podjęciem tak daleko idącej i znaczącej dla wykonawcy decyzji o wykluczeniu z postępowania, zamawiający posiada kompetencję do wyjaśnienia treści tych dokumentów, o czym mówi art. 26 ust 4 - ustawy Prawo zamówień publicznych"], wyrok KIO/UZP 141/08 z dnia 05.03.2008 [" Zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów. Obowiązek taki kreuje przepis art. 26 ust. 4 p.z.p. Obowiązek taki aktualizuje się w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego pojawią się wątpliwości dotyczące złożonych oświadczeń i dokumentów, przy czym mogą to być wątpliwości dotyczące zawartych w nich treści, jak i formy (ewentualnie braków formalnych). Jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, to nie może wyjaśnić ich z osobami trzecimi (np. organem, który wystawił stosowny dokument; z podwykonawcą), nie występując jednocześnie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień, ani nie informując go o tym fakcie. Aktualny wydaje się pogląd wyrażony w odniesieniu do wyjaśniania ofert, niemniej jednak mutatis mutandis (z potrebnymi zmianami) dający się zastosować na tle omawianej problematyki. Dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 87 ust. 1 p.z.p. i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści oferty jednego wykonawcy, nie wolno mu odrzucić tej oferty. Odnosząc powyższe do wyjaśniania oświadczeń i dokumentów, należy stwierdzić, iż dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 26 ust. 4 p.z.p, i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomym niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę, nie wolno mu wykluczać tego wykonawcy z postępowania."

Należy przyjąć, iż w przetargu ograniczonym, Zamawiający szczególnie musi być ostrożny i uważny podczas przygotowania postępowania, a także później w momencie oceny

spełnienia wymogów jakie postawił potencjalnym Wykonawcom. Należy pamiętać, iż na tym etapie postępowania nie ma możliwości zastosowania przepisy art. 38 ust. 1 PZP i zarówno Zamawiający jak i Wykonawca bazują jedynie na informacjach, które posiadają z Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wskazał wyrok KIOIUZP 9634/08 z dnia 24.09.2008 r. - Sformułowanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób szczegółowy i precyzyjny ma szczególne znaczenie w przetargu ograniczonym, bowiem ogłoszenie jest jedynym dokumentem, z którego wykonawcy mogą zasięgnąć wiedzę o wymaganiach zamawiającego i wyłącznie na tej podstawie przygotować wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający podał, że warunki udziału w postępowaniu określone zostały adekwatne do przedmiotu zamówienia. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, zatem zarzut, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 1 oraz art. 48 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezasadny. Powołując warunek z pkt IX e ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający stwierdził iż jednoznacznie wymagana jest budowa mostu, a nie remont. Uznał, że zadanie wskazane przez wykonawcę w załączniku – Doświadczenie zawodowe nie spełnia powołanego warunku, gdyż jest to remont i wzmocnienie mostu. Stwierdzenie to wynika z analizy zakresu robót opisanych w referencjach dotyczących wykazanego zadania, z czego Zamawiający wywnioskował, iż zakres ten nie odpowiada zakresowi robót dla budowy mostu. Mając to na uwadze Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał stanowisko i oddalił protest.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż uwzględnienie podniesionych przez niego zarzutów daje mu możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego w prowadzonym postępowaniu.

Niesporne jest, że warunkiem udziału w postępowaniu, postawionym przez Zamawiającego w pkt IX e ogłoszenia, było wykazanie wykonania jednego zadania o wartości minimum 50 mln złotych polegającego na budowie mostu żelbetowego wykonanego z betonu sprężonego o rozpiętości przęsła minimum 80 m.

Na potwierdzenie tego warunku Odwołujący w załączniku do wniosku w dokumencie „Doświadczenie zawodowe” wskazał wykonanie zadania pn. Remont i wzmocnienie mostu

przez rzekę Wisłę w ciągu drogi krajowej w miejscowości Chełmno. W informacji podał, iż w ramach zadania wykonano przebudowę mostu o konstrukcji mieszanej długości całkowitej obiektu 1063,3 m, długości najdłuższego przęsła 96 m. Wskazał, że część zalewowa jest konstrukcji żelbetowej składającej się z kablobetonowych belek – monolitycznych poprzecznie sprężanych, a część nurtowa o konstrukcji stalowej.

Wykonanie zadania opisanego na s. 67 wniosku zostało udokumentowane referencjami wystawionymi na rzecz Odwołującego, będącego partnerem konsorcjum wykonawców, załączonymi do wniosku na s. 68 – 70, w których potwierdzono należyte i terminowe wykonanie zadania oraz opisano zakres wykonywanych prac.

Nazwa zadania inwestycyjnego podana w referencjach jest tożsama z opisaniem w dokumencie doświadczenia zawodowego wskazującym na zadanie pn. „Remont i wzmocnienie mostu (...)”.

Odnosząc przedstawione określenia rodzajów robót budowlanych do definicji ustawowych zawartych w ustawie Prawo budowlane (Dz. U. Z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) należy wskazać, że zgodnie z art. 3 tej ustawy przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, przebudowę jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, natomiast remontem jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego (...).

Stwierdzić należy, że określenie „remont” użyte w nazwie wykazanego przez Wykonawcę zadania, a także określenie „przebudowa” użyte w opisie zadania wskazanego w dokumencie „Doświadczenie zawodowe” nie jest równoznaczne i nie może być rozumiane jako budowa mostu stanowiące wymóg zamawiającego podany w powołanym opisie warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od zakresu stopnia skomplikowania wykonanych prac w wykazanym doświadczeniu. Wskazać należy, iż w żadnym z dokumentów przedstawionych w toku postępowania dowodowego nie użyto przy opisie wykazanej realizacji określenia „budowa mostu”.

Skład orzekający uznaje zatem za uzasadniony wniosek, że wykazane zadanie inwestycyjne mimo użycia w jego nazwie słowa remont stanowiło w istocie przebudowę mostu o określonych parametrach mieszczącą się w definicji przebudowy stanowiącej odrębną kategorię robót budowlanych, unormowanej przepisem art. 3 pkt 7 a Prawa budowlanego, natomiast nie może być uznane za budowę określoną w art. 3 pkt 6 tej ustawy.

Izba stwierdza tym samym, że Odwołujący nie przedstawił żądanego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji Zamawiający miał prawo zwrócić się do niego z żądaniem uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie oczekiwanych i sformułowanych w ogłoszeniu warunków.

Skład orzekający podziela przy tym stanowisko Odwołującego, że podstawowym celem składanych przez wykonawców poświadczeń dotyczących wykonania wykazanych prac jest potwierdzenie ich należytego wykonania. W ocenie Izby nie można jednak odmówić zamawiającemu prawa analizy całej treści przedłożonych dokumentów nazywanych najczęściej referencjami lub listami referencyjnymi, a na podstawie tej analizy dokonywać ustaleń o charakterze prac, których referencje dotyczą.

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający w wyniku takiej analizy powziął uzasadnione przekonanie o nie wykazaniu wymaganego doświadczenia zawodowego i zastosował procedurę wezwania o uzupełnienie złożonych dokumentów w tym zakresie. W ocenie Izby żądanie takie uzasadnione było okolicznościami sprawy.

W świetle powyższego uznano, że żądanie nakazania unieważnienia czynności wezwania pozbawione jest podstaw.

W związku z powyższym, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Izba dokonuje zwrotu kwoty 35 426 zł z uwagi na to, że Odwołujący uiścił wpis w kwocie 40 000 zł, pomimo, że powinien, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 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 oraz sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007 r. Nr 128, poz. 886, zm.2008 r. Nr 182, poz. 1122) uiścić wpis w kwocie 20 000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....