

WYROK
z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05.01.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Spurek Sp. z o.o., 25-312 Kielce, ul. Warszawska 20C, Wiesław Woźniak (Zakład Instalatorstwa Elektrycznego ELMA), zamieszkały w Ostrowcu, ul. Tetmajera 2, Stanisław Karyś (Zakład Usługowy Wodno-Kan., C.O. i Gaz), zamieszkały w Kielcach, ul. Wikaryjska 40** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7** protestu z dnia **10 listopada 2009 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Instalacji Sanitarnych G. Świdorska & H. Fałdziński – Sp. Jawna, 25-227 Kielce, ul. Gen. Berlinga 1, Janina Lesińska (Zakład Przerobu Kamienia Budowlanego „DĄBRÓWKA”, 26-050 Zagnańsk, Tumlin-Dąbrówka 9c,** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Spurek Sp. z o.o., 25-312 Kielce, ul. Warszawska 20C, Wiesław Woźniak (Zakład Instalatorstwa

Elektrycznego ELMA), zamieszkały w Ostrowcu, ul. Tetmajera 2, Stanisław Karyś (Zakład Usługowy Wodno-Kan., C.O. i Gaz), zamieszkały w Kielcach, ul. Wikaryjska 40 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Spurek Sp. z o.o., 25-312 Kielce, ul. Warszawska 20C, Wiesław Woźniak (Zakład Instalatorstwa Elektrycznego ELMA), zamieszkały w Ostrowcu, ul. Tetmajera 2, Stanisław Karyś (Zakład Usługowy Wodno-Kan., C.O. i Gaz), zamieszkały w Kielcach, ul. Wikaryjska 40;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Spurek Sp. z o.o., 25-312 Kielce, ul. Warszawska 20C, Wiesław Woźniak (Zakład Instalatorstwa Elektrycznego ELMA), zamieszkały w Ostrowcu, ul. Tetmajera 2, Stanisław Karyś (Zakład Usługowy Wodno-Kan., C.O. i gaz), zamieszkały w Kielcach, ul. Wikaryjska 40;**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach w trybie przetargu nieograniczonego na *rewitalizację śródmieścia Kielc – przebudowa i rozbudowa płyty Rynku i okolicznych ulic (odcinek od ul. Sienkiewicza do Rynku)- ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 września 2009 r., pozycja 153811, wobec czynności zamawiającego z dnia 4 listopada 2009 r. polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy - konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Spurek Sp. z o.o., Wiesław Woźniak (Zakład Instalatorstwa Elektrycznego ELMA), Stanisław Karyś (Zakład Usługowy Wodno-Kan, c.o. i Gaz), konsorcjum (zwane dalej konsorcjum Spurek) wniosło w dniu 10 listopada 2009 r. do zamawiającego protest. Na skutek jego oddalenia (pismo z dnia 17 listopada 2009 r.), konsorcjum Spurek wniosło w dniu 23 listopada 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.*

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzut podniesiony w proteście naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl., poprzez uznanie przez zamawiającego, iż konsorcjum Spurek nie wykazało się wymaganym doświadczeniem i podlega wykluczeniu z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieuprawnioną zmianę rozumienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w odniesieniu do wymaganego doświadczenia, przez wymaganie wykonania (zakończonych) co najmniej 1 roboty drogowej (polegającej na budowie lub przebudowie dróg, ulic lub placów) w technologii robót brukarskich z materiałów kamiennych i uznanie, iż zapis warunku wskazywał na jedną robotę, w której nawierzchnia wykonania byłaby wyłącznie z materiałów kamiennych. W ocenie odwołującego, sposób wykonania nawierzchni, w kontekście oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie miał dla zamawiającego żadnego znaczenia, który wymagał jedynie, aby roboty brukarskie były wykonane z materiałów kamiennych (a nie przy użyciu na przykład żużla wielkopieczowego). Jako wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał wykazanie się jedną robotą, w której nawierzchnia wykonania byłaby z elementów betonowych (które stanowią kamień przetworzony w rozumieniu decyzji Komisji WE z dnia 25 marca 2002 r. ustanawiającej kryteria ekologiczne przyznawania wspólnotowego oznakowania ekologicznego twardym pokryciom podłogowym). Ponieważ na roboty brukarskie składa się między innymi wykonanie podbudowy, która może być wykonana w różny sposób, w zależności od potrzeb inwestora, np. z żużla wielkopieczowego, podbudowy piaskowej lub betonowej albo z materiałów kamiennych, to zdaniem odwołującego, spełnia warunek udziału w postępowaniu już samo wykonanie podbudowy z materiałów kamiennych.

Zamawiający pismem z dnia 23 października 2009 r., wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych prac wykonanych na rzecz Echo Investment S.A. i złożonych dokumentów, które nie pozwalały na ustalenie, czy obejmowały one roboty drogowe (polegającej na budowie lub przebudowie dróg, ulic lub placów) w technologii robót brukarskich z materiałów kamiennych, jak również ich wartości, alternatywnie wzywając do uzupełnienia dokumentów. Złożone w dniu 28 października 2009 r. wyjaśnienia, zamawiający ocenił jako niewystarczające dla jednoznacznego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający ponownie wystąpił do wykonawcy w dniu 30 października o złożenie wyjaśnień w zakresie wartości brutto wykonanej nawierzchni wyłącznie z materiałów kamiennych oraz zakresu powierzchni z materiałów kamiennych, będącej częścią składową całości robót brukarskich. W wyjaśnieniach z dnia 30 października 2009 r., wykonawca wskazał, iż zakres robót drogowych realizowanych w ramach kontraktu „Budowa kompleksu biurowego „Office Park” przy Al. Solidarności w Kielcach”, obejmował między innymi wykonanie warstwy podbudowy z materiałów kamiennych oraz wykonanie nawierzchni z kostki brukowej z materiałów kamiennych na podsypce piaskowo-cementowej o powierzchni 12 700,00 m². Następnie, zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji – Firmy Echo Investment S.A. o wyjaśnienie, jakie roboty w technologii robót brukarskich z materiałów kamiennych (oraz jaka jest wartość brutto oraz powierzchnia wykonanej nawierzchni z

materiałów kamiennych) były wykonane w ramach w/w kontraktu. Z odpowiedzi wynikało, iż PHU SPUREK Sp. z o.o. był wykonawcą jedynie podbudów pod nawierzchnie asfaltowe, betonowe i kamienne, a także wykonawcą nawierzchni asfaltowych oraz brukowych z kostki betonowej, a zakres umowy nie obejmował wykonania nawierzchni z materiałów kamiennych. Na tej podstawie zamawiając uznał, iż wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, uznając, iż jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

W szczególności, w ocenie składu orzekającego rozpoznającego odwołanie, zamawiający w sposób zgodny z opisem warunku uznał, iż odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, skutkujące wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Decydujące dla rozstrzygnięcia powstałego sporu, było ustalenie, po pierwsze treści warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia, a następnie dokonanie oceny dokumentów załączonych do oferty przez konsorcjum Spurek, mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w siwz wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia, wykazania się między innymi doświadczeniem w wykonaniu (zakończonym) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania (...) 1 roboty drogowej (polegającej na budowie lub przebudowie dróg, ulic lub placów) w technologii robót brukarskich z materiałów kamiennych o wartości brutto co najmniej 800 000,00 zł. Odwołujący w odwołaniu, w oparciu o tak ustaloną treść warunku, stwierdził, iż wystarczającym dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu było wykazanie się zdobytym doświadczeniem w takich robotach brukarskich, w których użyto materiałów kamiennych przy wykonaniu którejkolwiek z warstw (str. 12 odwołania). Zgodnie z takim rozumieniem zapisu specyfikacji, zdaniem odwołującego, wykonanie warstwy „podbudowy” z materiałów kamiennych, należało uznać za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

KIO nie zgodziła się z taką interpretacją warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, skoro zamawiający wymaga doświadczenia w „wykonaniu roboty drogowej (polegającej na budowie lub przebudowie dróg, ulic lub placów) w technologii robót brukarskich”, to

oznacza to, że wykonawcy mieli wykazać się jedną robotą drogową w całości wykonaną w technologii robót brukarskich z materiałów kamiennych. Wykonanie jednego z elementów roboty drogowej, w tym przypadku podbudowy, nie może być ocenione jako wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Stąd, samo potwierdzenie w wyjaśnieniach z dnia 30 października 2009 r. wykonania w technologii kamiennej warstwy podbudowy, należało uznać za niewystarczające dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia. Kolejnym elementem spornym pomiędzy stronami było ustalenie znaczenia użytego w opisie warunku zwrotu „materiał kamienny”.

Odwołujący w wykazie załączonym do oferty na stronie 96 wskazał na wykonane prace brukarskie przy budowie kompleksu biurowego „Office Park”. Jednocześnie, co nie było sporne między stronami, w zakresie prac wykonanych w technologii robót brukarskich, wykonawca wykonał warstwę podbudowy z materiałów kamiennych oraz nawierzchnię z kostki betonowej. Wprawdzie, w wyjaśnieniach z dnia 28 oraz 30 października 2009 r., wykonawca nie wskazał wprost na rodzaj materiału, z którego wykonywana była nawierzchnia w technologii brukarskiej, posługując się określeniem „kostka brukowa z materiałów kamiennych”, to odpowiedź zlecającego roboty – Echo Investment S.A., pozwalała na stwierdzenie, iż materiałem tym była kostka betonowa.

Mając powyższe na uwadze, aby móc ustalić, czy odwołujący się spełnił warunek udziału w postępowaniu, należało stwierdzić, czy kostka betonowa jest materiałem kamiennym, o którym mowa w warunku. Zdaniem składu orzekającego, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. W pierwszej kolejności, Izba miała na uwadze treść warunku, która na etapie poprzedzającym termin składania ofert, nie budziła wątpliwości wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze okoliczność, iż zamówienie to kierowane jest do grona profesjonalistów działających na rynku robót budowlanych, w ocenie KIO stanowisko odwołującego, dotyczące możliwości uznania kostki betonowej za materiał kamienny, nie znajduje uzasadnienia. Na rozprawie strony zgodnie twierdziły, iż nie ma legalnej definicji pojęcia materiał kamienny. Zatem, w celu ustalenia jego znaczenia, pomocne mogą być regulacje obowiązujące w zakresie procesu budowlanego. Powoływana w odwołaniu decyzja Komisji Europejskiej z dnia 25 marca 2002 r., w ocenie KIO nie powinna znajdować zastawania dla ustalenia znaczenia warunku udziału w postępowaniu, gdyż dotyczy przyznawania wspólnotowego oznakowania ekologicznego twardym pokryciom podłogowym. Odpowiednimi w tej materii są przepisy wykonawcze do ustawy Prawo budowlane, powoływane na rozprawie przez zamawiającego i dotyczące wykonania nawierzchni drogowych. W załączniku nr 5 do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (Dz. U. Nr 43, poz. 430), zawierającego zalecane

konstrukcje nawierzchni drogowych, wskazuje się na konstrukcje warstwy ścieralnej (stanowiącej nawierzchnie), która może być wykonana np. z kostki kamiennej, czy też z kostki betonowej. Zdaniem Izby, wyroby z betonu nie mogą być uznane za materiał kamienny, który należy rozumieć, jako materiał wykonany z kamienia, tj. np. kostka drogowa (norma PN-60/B-11100), kamień łupany (PN-B-11209:1996), kamień łamany (PN-B-11210:1996), brukowiec (PN-60/B-11104). Izba uznała, iż odniesienie w opisie warunku do materiału kamiennego, oznacza wskazanie na materiał kamienny stosowany w budownictwie uzyskiwany w wyniku naturalnego lub sztucznego rozdrobnienia skał zwartych (litych) lub głazów narzutowych. Jako kostki brukowe, służące do układania nawierzchni, w zależności od rodzaju surowca rozróżnia się kostkę kamienną otrzymywaną przez obrobienie naturalnego kamienia, kostkę betonową otrzymywaną jako wyrób z mieszanki betonowej, kamień polny, niegdyś stosowany zamiast kostki. (źródło: <http://pl.wikipedia.org/wiki/Bruk>).

Dodatkowo sam odwołujący dostarcza argumentów zaprzeczających swojemu stanowisku, gdyż raz uznaje, że wykonanie podbudowy z materiału kamiennego, jest innym wykonaniem niż z podbudowy piaskowej lub betonowej, natomiast w przypadku wykonania nawierzchni z elementu betonowego stwierdza, iż jest to zgodne z warunkiem wykonania roboty w technologii robót brukarskich z materiałów kamiennych.

Zdaniem KIO, zamawiający nie dokonał nadinterpretacji treści warunku udziału w postępowaniu. Zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienie zakresu wykonywanych robót wskazał na tę część robót, która budziła jego wątpliwości (wykonania nawierzchni). Zamawiający nie kwestionował sposobu wykonania podbudowy. W ocenie KIO, ocena dokonana przez zamawiającego znajdowała oparcie w treści warunku, który nie budził wątpliwości na wcześniejszym etapie postępowania. Wykonawca mógł i powinien zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz, w celu uzyskania potwierdzenia możliwości przedstawienia roboty brukarskiej wykonanej przy użyciu materiału betonowego. Próba interpretacji warunku dopiero na etapie oceny ofert nie zawsze jest skuteczna, gdyż ocena prawidłowości decyzji zamawiającego nie może być przeprowadzona w oderwaniu od stopnia profesjonalizmu oczekiwanego od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zatem zamawiający prawidłowo wykluczył wykonawcę z postępowania w oparciu o przesłankę z artykułu 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....