

Sygn. akt: KIO 486/10

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 24 marca 2010 r. wniesionego przez **Biuro Projektów i Inwestycji PROBUD s.c, Anna Górniak, Piotr Górniak, 09-200 Sierpc, ul. Konstytucji 3 Maja 33** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Powiat Żuromiński, 09-300 Żuromin, Plac Piłsudskiego 4.**

postanawia:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i przywrócenie odwołującego do postępowania – unieważnienie czynności jego wykluczenia z postępowania.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Powiat Żuromiński, 09-300 Żuromin, Plac Piłsudskiego 4** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Biuro Projektów i Inwestycji PROBUD s.c Anna Górniak, Piotr Górniak, 09-200 Sierpc, ul. Konstytucji 3 Maja 33** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Powiat Żuromiński, 09-300 Żuromin, Plac Piłsudskiego 4** na rzecz **Biuro Projektów i Inwestycji PROBUD s.c, Anna Górniak, Piotr Górniak, 09-200 Sierpc, ul. Konstytucji 3 Maja 33** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

(KIO 486/10)

Zamawiający, Powiat Żuromiński, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp") – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę mostu na rzece Swojęciance wraz z przebudową drogi dojazdowej NR 4625W Poniatowo-Swojęcjin-Bieżeń (ul. Zamkowa w Bieżuniu).

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 16.02.2010 r., szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp (Druk ZP 1 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia).

W dniu 19.03.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz wykluczeniu wykonawcy Biuro Projektów i Inwestycji „PROBUD” s.c. z Sierpca (dalej „PROBUD”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy (cena oferty wykluczonego wykonawcy jest niższa od kwoty podanej w protokole postępowania, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) ponieważ wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – referencje przedstawione przez wykonawcę dotyczące układania kostki granitowej nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

Jednocześnie, tj. w tym samym dniu, zamawiający przekazał do PROBUD odrębnym pismem „wyjaśnienia”, w których uzupełnił uzasadnieni faktyczne wykluczenia wykonawcy. Zamawiający wskazał, iż zarówno referencje pierwotnie załączone do oferty dotyczące wykonywania parkingów z kostki brukowej, jak i uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty – zaświadczenie z Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu podpisane przez Inspektora Nadzoru – nie potwierdzają posiadania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie budowy lub przebudowy drogi z kostki brukowej. Ponadto wskazał, iż w dokumentacji projektowej przedmiotowego zamówienia wyraźnie określono jego przedmiot jako drogę klasy powiatowej.

W dniu 24.03.2010 r. (data prezentaty Izby) PROBUD wniosła odwołanie od ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie:

2. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i przez to niezachowanie zasady uczciwej konkurencji;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 i 3 oraz z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r. Nr 226 poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem”, poprzez jego

zastosowanie i wykluczenie odwołującego w sytuacji niespełnienia przesłanek powołanego przepisu;

4. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 36 ust 5 i 6 i art. 91 ust 3 *in fine* poprzez zastosowanie w stosunku do Odwołującego kryteriów oceny ofert nie ujętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uchylenie jego wykluczenia z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in., iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w pkt 7 na okoliczność wykazania się odpowiednim doświadczeniem przez wykonawców wymagano przedłożenia referencji na „realizację budowy lub przebudowy drogi z kostki kamiennej granitowej o wartości min. 600.000,00 zł brutto” jako elementu zadania odpowiadającemu swoim rodzajem i wartością przedmiotowi niniejszego przetargu. W związku z tak sformułowanym wymaganiem siwz odwołujący przedłożył w celu wykazania się odpowiednim doświadczeniem referencje poparte następnie wyjaśnieniami i zaświadczeniem podpisanym przez Inspektora Nadzoru, dotyczące wykonania parkingów wraz z drogami kołowymi w technologii kamienia naturalnego granitowego na kwotę 835.800,00 zł (w załączeniu), a także referencjami na przebudowy dróg na kwoty 1.584.464,93 zł oraz 427.326,46 zł (w załączeniu) oraz przebudowy drogi wojewódzkiej na kwotę 3.441.608,07 zł (w załączeniu). Zamawiający uznał, iż w związku z tym, iż przedmiot zamówienia obejmuje przebudowę drogi kategorii powiatowej, należało wykazać się doświadczeniem w przebudowie drogi powiatowej.

W ocenie Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na akceptację. Odwołujący posiada bogate doświadczenie w realizacji prac budowlanych z zakresu drogownictwa, w tym - jak wykazał odpowiednimi referencjami - w przebudowie dróg o wyższym stopniu referencyjności niż droga powiatowa, taka też jest specjalizacja i profil jego firmy. Interpretacja Zamawiającego zapisów SIWZ wymagająca by Wykonawca wykazał na potrzeby prowadzonej procedury przetargowej doświadczenie w zakresie budowy wyłącznie dróg powiatowych o nawierzchni z kostki kamiennej granitowej jest wymogiem nie znajdującym odzwierciedlenia w zapisach SIWZ, jak również w żaden sposób nie sprzyja wyłonieniu odpowiedniego - najlepszego Wykonawcy, a jest jedynie przejawem stosowania kryteriów oceny ofert przekraczających wymogi postawione w ogłoszeniu o zamówieniu.

Kostka kamienna jako warstwa ścieralna drogi jest elementem konstrukcyjnym użytym w niniejszym zamówieniu z uwagi na fakt lokalizacji inwestycji w strefie konserwatorskiej. Nawierzchnia stanowi górną warstwę drogi, jednakże na drogę jako całość (konstrukcję) składają się warstwy pośrednie jak warstwa odcinająca, podbudowa, warstwa wiążąca i właśnie wierzchnia warstwa - ścieralna. Warstwa ścieralna może być ułożona w różnej technologii, np. warstwa bitumiczna, betonowa, kostka betonowa jak również kostka kamienna. Jednakże podkreślenia wymaga fakt, iż nawierzchnia (tj. warstwa ścieralna) nie stanowi jedyne elementu konstrukcyjnego drogi, choć jest on istotnym jej elementem. Odwołujący natomiast, jak to wykazano powyżej wykonywał drogi różnej kategorii, o różnych typach nawierzchni.

Zapis o wykazaniu się doświadczeniem w realizacji prac odpowiadających swoim rodzajem i wartością, jak słusznie przyjęła to Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP

221/08 oznacza, iż charakteru przedmiotu zamówienia nie można domniemywać rozważając wyłącznie cechy przedmiotu zamówienia lecz należy brać pod uwagę postanowienia SIWZ w tym zakresie. Ponadto Zamawiający w Rozdziale I, pkt 7.3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się doświadczeniem „w wykonaniu zadania odpowiadającego swoim rodzajem”, a więc podobnych do przedmiotu zamówienia lecz niekoniecznie identycznych. Z treści § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r. nr 226 poz. 1817) wynika, iż należy wykazać doświadczenie w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co Odwołujący wykazał, a ponadto zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków posiadania wiedzy i doświadczenia zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu, w ogłoszeniu tymże brak jest natomiast zapisu o tym, iż ma być to doświadczenie w zakresie, jak to uzasadnia Zamawiający, doświadczenia w drogach powiatowych z nawierzchnią z kostki granitowej. Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie, czy charakterze. Dlatego, w związku z opisem w SIWZ robót „odpowiadających swoim rodzajem”, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, na podstawie przedłożonych dokumentów (referencji, zaświadczenia i wyjaśnień). Zrealizowane roboty mają wymaganą minimalną wartość i dotyczą zamówień zbieżnych z przedmiotem zamówienia w co najmniej podstawowym zakresie. W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 września 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1204/09 opubl. w LEX nr 522160) słusznie stwierdzono, iż Zamawiający dokonując oceny oferty ograniczony jest dokumentami, których katalog sam wskazał w SIWZ, a które jednocześnie wytyczają zakres zagadnień w nich zawartych. Wskazane obszary podlegają ocenie i tylko te obszary, ponadto powinno dotyczyć to każdej z ofert. Wytyczenie ścisłych ram i poruszanie się w ich obrębie niezbędne jest do zachowania zasady uczciwej konkurencji. Jak to określiła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 211/09 Zamawiający swoje wymagania i preferencje powinien zapisać w SIWZ, a stawianie Wykonawcom, którzy złożyli oferty, innych wymagań, uszczegóławianie postanowień siwz po otwarciu ofert, jest niedopuszczalne i narusza zasadę uczciwej konkurencji i uczciwego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust Ustawy.

W dniu 26.04.2010 r., przed rozprawą, do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na ww. odwołanie. W ww. piśmie zamawiający podniósł, m.in. iż w odpowiedzi na wystąpienie Starosty, Dyrektor Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu oświadczył, że teren na którym realizowane były prace PUP „Budexpol” Sp. z o.o. w Sierpcu należy do Muzeum. Na terenie tym wykonywane były parkingi, drogi dojazdowe wewnętrzne oraz drogi manewrowe na terenie parkingów. Drogi te nie są drogami publicznymi (pismo Starosty Żuromińskiego z dnia 08.04.2010 r. oraz pismo Dyrektora Muzeum z dnia 08.04.2010 r. w załączeniu). Z kolei Starostwo Powiatowe w Sierpcu pismem z dnia 16.04.2010 r. (w załączeniu) poinformowało zamawiającego, że w zakresie wydanego w roku 2005 pozwolenia na budowę dla Muzeum Wsi

Mazowieckiej w Sierpcu wynika, że zakres robót przewidzianych do realizacji z kostki granitowej dotyczy wyłącznie parkingów. bez dróg kołowych.

W związku z powyższym zamawiający podniósł, iż zachodziły podstawy z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp do wykluczenia oferty Biura Projektów i Inwestycji PROBUD" s.c. w Sierpcu, ponieważ firma ta nie przedłożyła wiarygodnych dokumentów, z których by wynikało, że posiada doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy drogi z kostki kamiennej granitowej o wartości min. 600.000 zł. brutto t. j. nie spełniła warunków z pkt. 7.3 siwz.

Zgodnie z siwz i załączoną dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną zakres robót obejmuje m.in. wykonanie przebudowy drogi powiatowej, z nawierzchnią z kostki kamiennej. Z dokumentacji projektowej jednoznacznie wynika, że droga dojazdowa nr 4625W jest drogą kategorii powiatowej klasy A. (Projekt budowlany - Tom III w załączeniu). Część dokumentacji - Projekt Budowlany -Tom II (w załączeniu) wykonał również Odwołujący. Odwołujący przystępując do przetargu siłą rzeczy zapoznał się (lub powinien zapoznać się) z dokumentacją projektową. Zatem powinien mieć świadomość (jako profesjonalny przedsiębiorca), że Zamawiający stawiając wymóg wykonania co najmniej 1 zadania odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi przetargu miał na uwadze wykonanie nie jakiegokolwiek drogi czy robót polegających na układaniu kostki kamiennej lecz wykonanie drogi publicznej o parametrach drogi powiatowej.

Określenie w pkt. 7.3. SIWZ wymogu wykonania zadania ..odpowiadającego swoim rodzajem nie może być rozumiane tak szeroko, że nabyte doświadczenie nie musi bezpośrednio odnosić się do przedmiotu zamówienia, a potwierdzenie doświadczenia może być doświadczeniem nabytym w innym jakościowo i technicznie obszarze. Należy podnieść, że stosownie do art. 1 i 2 ustawy o drogach publicznych (Dz.U.2007.19.115 ze zm.) drogą publiczną jest drogą zaliczona na podstawie niniejszej ustawy do jednej z kategorii dróg. z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Drogi publiczne ze względu na funkcje w sieci drogowej dzielą się na następujące kategorie:

- drogi krajowe;
- drogi wojewódzkie;
- drogi powiatowe;
- drogi gminne.

Drogi publiczne różnią się i to znacznie w swoich parametrach technicznych. Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 Nr 43 poz. 430 ze zm.) w §3 stanowi: Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

4) klasie drogi - rozumie się przez to przyporządkowanie drodze odpowiednich parametrów technicznych, wynikających z jej cech funkcjonalnych."

Kolejne przepisy rozporządzenia wyznaczają szczegółowe standardy techniczne poszczególnych klas dróg. Jest oczywiste, że im wyższa klasa drogi tym bardziej rygorystyczne są standardy i tym większe doświadczenie musi posiadać wykonawca.

Jest też oczywiste, że wykonanie drogi o standardzie powiatowym z nawierzchnią z kostki brukowej kamiennej, wymaga innej technologii, narzędzi i doświadczenia, niż wykonanie drogi asfaltowej czy parkingu z nawierzchnią z kostki kamiennej.

Zamawiający stawiając wymóg doświadczenia w zakresie wykonanie drogi powiatowej z nawierzchnią z kostki kamiennej, miał na względzie zarówno kwestie ochrony konserwatorskiej i historyczny układ tej części miasta jak i kwestie bezpiecznego użytkowania drogi, której nawierzchnia wykonana w sposób tradycyjny (ręcznie) przenosi duże obciążenia związane z ruchem ciężkich pojazdów.

Należy również zwrócić uwagę, że jak wskazuje analiza przepisu art. 4 pkt 1 i 2 ustawy o drogach publicznych, pasem drogowym jest wydzielony pas terenu, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów oraz do ruchu pieszych, wraz z leżącymi w jego ciągu obiektami inżynierskimi, placami, zatokami postojowymi oraz znajdującymi się w wydzielonym pasie terenu chodnikami, ścieżkami rowerowymi, drogami zbiorczymi, drzewami i krzewami oraz urządzeniami technicznymi związanymi z prowadzeniem i zabezpieczeniem ruchu. Natomiast droga stanowi budowlę przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Wykonanie zatem samych parkingów czy dróg kołowych na tych parkingach (na który to zakres prac referencje przedłożył Odwołujący) nie jest równoznaczne z doświadczeniem przy budowie lub przebudowie drogi.

Mając powyższe na względzie, załączony przez Odwołującego do oferty formularz 3.3 z którego wynika, że podwykonawca wykonał „nawierzchnię” (a nie drogę) z kostki kamiennej granitowej oraz referencje na okoliczność wykonania przez PUP „Budexpol” robót w postaci „układania kostki granitowej” na parkingu nie można uznać za spełnienie warunków SIWZ. Warunków pkt.7.3 SIWZ nie spełniają również kolejne referencje t.j. „Zaświadczenie” z dnia 15.08.2010 r. podpisane przez Inspektora Nadzoru w Imieniu Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu. Jak bowiem wynika z powołanych wyżej dokumentów – pisma Dyrektora Muzeum oraz pisma Starostwa Sierpeckiego roboty polegające na układaniu nawierzchni z kostki granitowej wykonywane były nie na drodze publicznej powiatowej lub podobnej kategorii, lecz dotyczy jedynie wewnętrznych parkingów Muzeum. Ponadto ze względów formalnych nie można uznać referencji wystawionych przez Inspektora nadzoru w imieniu Muzeum. Stosownie do § 4 Regulaminu organizacyjnego Muzeum (w załączeniu) to Dyrektor (a nie inspektor nadzoru) zarządza Muzeum i reprezentuje je na zewnątrz. Odwołujący nie wykazał, że Inspektor nadzoru posiadał (w trybie przepisów kodeksu cywilnego) upoważnienie do składania oświadczeń w imieniu Muzeum.

Wprawdzie ustawodawca w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Ze sformułowania użytego przywołanym przepisie „odbiorca” jak i z przepisów k.c. wywieść należy, że uprawnionym do wystawiania dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy (chyba, że umocował w tym zakresie inną osobę).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdz. 7 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, w pkt 7.3.1)a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia – wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) co najmniej 1 zadania odpowiadającego swoim rodzajem i wartością przedmiotowi niniejszego przetargu, tzn. zrealizowaniem budowy lub przebudowy drogi z kostki kamiennej granitowej o wartości min. 600 000 zł brutto.

Dla potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu zamawiający zgodnie z pkt 8.2.2. siwz wymagał przedłożenia wykazu wykonanych robót budowlanych z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

PROBUD dołączyła do swojej oferty wykaz robót (str. 20 załączników do oferty), w którego poz. 2 wskazano, iż w latach 2007/2008 Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne BUDEXPOL Sp. z o.o. z Sierpca wykonało na zlecenie VECTRA S.A. nawierzchnię z kostki kamiennej granitowej o wartości 1 393 000 zł w Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu.

Do oferty załączono również (str. 22) referencje wystawione przez VECTRA S.A. dla Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjne BUDEXPOL Sp. z o.o. potwierdzające należyte wykonanie robót (w charakterze podwykonawcy) w zadaniu „Budowa i modernizacja kompleksu muzealno-wystawienniczego na terenie Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu”

Wartość wykonanych przez BUDEXPOL robót określono na 9 500 000 zł brutto, a w ich zakresie wymieniono między innymi wykonanie parkingów od strony ul. Warszawskiej i Narutowicza oraz układanie kostki na parkingach.

Zamawiający pismem z dnia 11.03.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał PROBUD do uzupełnienia złożonych dokumentów z powodu braku odpowiednich referencji potwierdzających spełnianie wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego budowy bądź przebudowy drogi – referencje wystawione przez VECTRA S.A. potwierdzają jedynie układanie kostki granitowej na parkingach.

W odpowiedzi na powyższe w dniu 16.03.2010 r. wykonawca przedstawił zaświadczeni z dnia 15.03.2010 r. wystawione przez Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu (na papierze firmowym tej instytucji i opatrzone jej pieczęcią) podpisane przez Inspektora Nadzoru, p. Andrzeja O., w którym potwierdzono, iż BUDEXPOL jako podwykonawca VECTRA S.A. wykonał w latach 2006-2007 parkingi od ul. Warszawskiej i Narutowicza wraz z drogami kołowymi z kamienia naturalnego granitowego. Łączna wartość ww. prac wyniosła 1 393 000 zł, z tego na wartość dróg kołowych przypada 60 % (co według wyliczenia PROBUD

stanowi 835 800 zł.). Dodatkowo w piśmie z dnia 18.03.2009 r. PROBUD wyjaśniła, iż przedstawione referencje dotyczą niepublicznych dróg dojazdowych od ul. Narutowicza i Drogi Krajowej nr 10 do miejsc postojowych na terenie Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu.

Pismem z dnia 29.03.2009 r. znak: OiN.342-4/10 (kopia w aktach sprawy – w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego do Izby) zamawiający wystąpił do Starostwa Powiatowego w Sierpcu z zapytaniem dotyczącym zadania pn. „Budowa i modernizacja kompleksu muzealno-wystawienniczego na terenie Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu”. Zamawiający zapytywał urząd wydający pozwolenie budowlane czy z posiadanej przez niego dokumentacji projektowej wynika, że zakres robót z użyciem kostki granitowej dotyczył wyłącznie parkingów, czy też są przewidziane parkingi w pasie drogowym od ul. Warszawskiej i ul. Narutowicza wraz z drogami kołowymi oraz jaki jest charakter (kategoria) tych dróg kołowych.

Do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie załączono pismo Starostwa Powiatowego w Żurominie z dnia 16.04.2010 r., znak: ZŚ.0718-1/18/10, w którym stwierdza się, że z wydanego w 2005 roku pozwolenia na budowę dot. ww. inwestycji wynika, że zakres robót z kostki granitowej dotyczył wyłącznie parkingów bez dróg kołowych.

Zamawiający nie przedstawił Izbie kolejnego własnego pisma z dnia 13.04.2010 r. skierowanego do SP w Sierpcu, jak też pisma SP w Sierpcu z dnia 12.04.2010 r. skierowanego do zamawiającego – pisma powołane i wymienione w treści pisma SP w Sierpcu z dnia 16.04.2010 r.

Pismem z dnia 08.04.2010 r. znak: OiN.342-4/10 (załączonym do odpowiedzi na odwołanie) skierowanym do Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu zamawiający zwrócił się z prośbą o informacje czy w ramach zadania pn. „Budowa i modernizacja kompleksu muzealno-wystawienniczego na terenie Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu” zakres robót przewidzianych do realizacji z kostki granitowej dotyczył wyłącznie parkingów, czy też były przewidziane parkingi w pasie drogowym od ul. Warszawskiej i ul. Narutowicza wraz z drogami kołowymi. Jeżeli tak, to jaki jest charakter (kategoria) tych dróg kołowych.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 14.04.2010 r., znak: DZ.A.I-0621/04/10 (załączonym do odpowiedzi na odwołanie) Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu wyjaśniło, iż część parkingu od strony drogi krajowej nr 10 (potocznie zwanej ul. Warszawską) leży w pasie drogowym tejże drogi. Parking od strony ul. Narutowicza nie leży w pasie drogowym drogi gminnej. Teren, na którym zrealizowane były prace należy do Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu. Na terenie tym wykonywane były parkingi, drogi dojazdowe wewnętrzne oraz drogi manewrowe na terenie parkingów. Drogi te zgodnie z § 4 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 maja 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43 poz 430) nie są zaliczane do żadnej z kategorii dróg publicznych.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca dochodzi na drodze odwołania przywrócenia go do postępowania, a potwierdzenie nieprawidłowości jego wykluczenia oznacza przywrócenie do postępowania jego oferty, której cena jest niższa niż kwota, którą zamawiający zamierza (art. 86 ust. 4 Pzp), a więc też i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Tym samym zaistnienie przesłanki unieważnienia postępowania jest wtórne do zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego – w przypadku braku wykluczenia wykonawcy brak też podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W pierwszej kolejności Izba rozważyła zagadnienie rzeczywistego znaczenia sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, jako kwestię bazową dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu.

Powołana w ustaleniach Izby treść siwz nie pozwala przyjąć, iż zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu nakładający na wykonawców konieczność wykazania się doświadczeniem w wykonaniu konkretnej klasy drogi, określonego rodzaju czy parametrów, w szczególności, że wskazana droga musi być drogą publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19 poz. 115 ze zm.). Zamawiający w ramach stawianego warunku określił jedynie swoje wymagania odnośnie warstwy zewnętrznej (tzw. ścieralnej) drogi oraz jej wartości.

Zamawiający przy formułowaniu i następnie interpretowaniu warunku udziału w postępowaniu popełnił częsty błąd polegający na jego niedookreśleniu, nieprecyzyjnym opisanu przedmiotu warunku (tu: zamawianej i referowanej roboty budowlanej), przypisując błędne znaczenie normatywne zaczerpniętemu z nieobowiązujących już przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, ogólnemu sformułowaniu nt. robót „odpowiadających swoim rodzajem i wartością” przedmiotowi zamówienia. W myśl § 1 ust 2. pkt 1 nieobowiązującego od dnia 31.12.2010 r. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. 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 ze zm.), dopuszczenie żądania przez zamawiającego robót adekwatnych wartością i rodzajem do danego przedmiotu zamówienia stanowić miało normatywną wytyczną dla zamawiającego odnośnie sposobu konkretyzowania warunków udziału w postępowaniu oraz określania sposobu ich dokumentowania, a nie samodzielną podstawę takie warunki określającą, w szczególności zastępującą i konwalidującą brak dookreślenia i scharakteryzowania wymaganych robót. Tak też w przypadku powielania tego typu sformułowań, zamiast samoistnego i precyzyjnego określania warunków udziału w postępowaniu w ramach wyznaczonych przez art. 22 Pzp, nie sposób dopiero na etapie oceny

ofert niejako delimitować i ustalać znaczenie warunków udziału w postępowaniu, które nie wynika z treści siwz. W takiej sytuacji nie jest możliwe ustalenie rzeczywistego znaczenia warunków i przeprowadzenie związanej z tym kwalifikacji wykonawców bez arbitralnego i uznaniowego, a więc naruszającego zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, ograniczania kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Izba jeszcze raz podkreśla, że w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu brak jest nawet sformułowań tego typu, natomiast dyspozycja art. 22 ust. 4 wymagająca aby opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia i doń proporcjonalny, poprzez użycie nieostrych sformułowań tego typu, ustanawia wytyczne i ramy dla zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu, według których określić ma konkretne wymagania wobec wykonawców mogących ubiegać się o dane (konkretne) zamówienie. W świetle zasad zawartych w art. 7 ustawy, niedopuszczalne jest przenoszenie nieostrości wytycznych zawartych w ww. przepisie, które pozostawiają znaczną swobodę zamawiającemu w precyzowaniu warunków udziału w postępowaniu na etapie ogłoszenia bądź siwz, do etapu bezpośredniej kwalifikacji wykonawców, tak aby dopiero w tym momencie pojęcia ogólne i nieostre miałyby być wypełniane konkretną, normatywną treścią. Już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dookreślone winny zostać kryteria, według których kwalifikowani będą wykonawcy uznani za zdolnych do wykonania zamówienia. Np. w kontekście przedmiotowego postępowania zamawiający z łatwością mógł sformułować i zawrzeć adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz jednocześnie precyzyjne i ostre warunki udziału w postępowaniu określone przy pomocy konkretnych wartości liczbowych (tak jak np. to uczynił w odniesieniu do wartości drogi), parametrów czy charakterystyk technicznych. Mógł więc bez nadmiernej kazuistyki wskazać jaką konkretnie drogę i w jakiej technologii (oprócz nawierzchni, która została tu podana) i klasie wykonaną uznawał będzie za wystarczającą dla wykazania się odpowiednim doświadczeniem umożliwiającym ubieganie się o udzielenie jego zamówienia.

W związku z powyższym należało uznać, że zamawiający formułując w opisanym w ustaleniach Izby warunek udziału w postępowaniu (opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku) wyraził i określił, że za robotę „odpowiadającą swoim rodzajem i wartością” przedmiotowi zamówienia uznawał będzie „zrealizowanie budowy lub przebudowy drogi z kostki kamiennej granitowej o wartości min. 600 000 zł brutto”. Żadnych dodatkowych znaczeń i normatywnych wymagań aniżeli wynikające z literalnych sformułowań zawartych w ostatnim z cytatów z siwz, w świetle przytoczonych rozważań, wyprowadzić nie sposób – wykonawca miał więc wykazać się jako odpowiadającą przedmiotowi zamówienia budową jakiegokolwiek drogi (w potocznym rozumieniu tego pojęcia, które jest intuicyjnie uchwytne i nie ma potrzeby jego definiowania na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego) o wskazanej nawierzchni oraz wartości.

W związku z powyższym za nieistotne w sprawie należało uznać dowody przedstawione przez zamawiającego a zmierzające do wykazania, że przedmiot niniejszego zamówienia dotyczył drogi o określonej klasie czy statusie.

Odwołujący prawidłowo, tzn. zgodnie z wymaganiami siwz, wykazał że spełnia sformułowany w siwz warunek udziału w postępowaniu, w związku z czym stwierdzić należało, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba uznała, iż zamawiający, wobec wątpliwości co do budowy lub przebudowy dróg z nawierzchnią z kostki granitowej jakie mogły powstać na gruncie oceny pierwotnie załączonych do oferty odwołującego wykazów i referencji, po uzyskaniu dodatkowych wyjaśnień i uzupełnień, posiadał już wszelkie informacje potwierdzające, iż zrekonstruowany jak powyżej warunek udziału w postępowaniu wykonawca spełnia.

Przesądżające w tym zakresie jest pismo z dnia 15.03.2010 z Muzeum Wsi Mazowieckiej z Mławy, w którym jednoznacznie potwierdzono, iż drogi kołowe z wymaganą nawierzchnią były w ramach referowanego zdania wykonywane, zostały wykonane należycie oraz podano przypadającą na nie część wartości robót.

Za chybioną należy uznać obiekcyjną zamawiającego w przedmiocie braku formalnej możliwości przyjęcia ww. referencji w związku z ich wystawieniem przez osobę nie umocowaną do działania w imieniu wystawcy. § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009, a nie rozporządzenia 19 maja 2006 r. – oba referowane we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia wyroku – podkreślenie Izby) wyraźnie stanowi, iż żądane i przedkładane dokumenty stanowić mają jedynie potwierdzenie, że dane roboty wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone. Rozporządzenie nie określa jakiego typu mają to być dokumenty, ani tym bardziej kto ma je wystawiać czy podpisywać. Ze względu na cel ich składania przyjąć można, że mogą to być osoby i podmioty dysponujące wiedzą w przedmiocie przebiegu i zakończenia robót. Wcale nie muszą to być osoby uprawnione do reprezentowania danego podmiotu, ale posiadające określoną wiedzę w danym przedmiocie czy organizacyjnie przydzielone do prowadzenia danej sprawy. Za taką osobę – posiadającą wiedzę i rozeznanie w przedmiocie robót budowlanych wykonywanych w danej instytucji – w szczególności winien być uznany inspektor nadzoru budowlanego zatrudniony przez inwestora. Natomiast okoliczność, iż osoba ta działała jako pracownik lub współpracownik wystawcy referencji nie jest wątpliwa w świetle faktów, że ww. referencje opatrzone zostały pieczęcią nagłówkową Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu oraz przygotowane na jego firmowym papierze.

Oceniając dowody przedstawione w sprawie uznano, iż korespondencja ze Starostwem Powiatowym w Sierpcu, którą prowadził zamawiający w przedmiotowej sprawie, i której w komplecie nie przedstawił Izbie, w związku z jej ogólnością i lakonicznością oraz specyficznym, wyrwanym z kontekstu odniesieniem się jedynie do zakresu wydanego w 2005 r. pozwolenia na budowę, nie przesądza ani nie świadczy jakoby wykonawca, jego podwykonawca lub wystawcy referencji podali nieprawdziwe informacje, tj. iż na terenie Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu w rzeczywistości żadnych dróg z nawierzchnią kamienną nie wykonywano.

Ponadto pismo Muzeum Wsi Mazowieckiej z dnia 14.04.2010 r. skierowane do zamawiającego potwierdziło, iż parkingi, drogi dojazdowe wewnętrzne oraz parkingowe drogi manewrowe były na jego

terenie wykonywane, co w zestawieniu z poprzednim zaświadczeniem wystawionym przez Muzeum, przesądza, że wymagane przez zamawiającego w ramach potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu roboty były wykonywane. Jak już wskazano, wykazywany przez zamawiającego w ten sposób fakt, że roboty te nie dotyczyły dróg publicznych, w związku ze znaczeniem warunku udziału w postępowaniu, nie ma najmniejszego znaczenia w sprawie.

Na marginesie Izba wskazuje, iż w ramach prawidłowego i starannie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia tego typu postępowanie wyjaśniające zamawiający powinien był przeprowadzić wcześniej – w celu wyjaśnienia wszelkich okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy przed podjęciem tego typu doniosłej decyzji.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy. Zasądzono na rzecz odwołującego koszty wpisu od odwołania, nie zasądzono natomiast kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w związku z brakiem przedłożenia stosownego rachunku do akt sprawy – zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....