

Sygn. akt: KIO/UZP 940/10

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 19 maja 2010 r. wniesionego przez **CARDO Sp. z o. o., 40-950 Katowice, pl. Grunwaldzki 8-10/147** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Wodzisławiu Śląskim z siedzibą w Syryni, 44-361 Syrynia, ul. Raciborska 3,**

przy udziale wykonawcy **DROG-BUD Sp. z o.o., 42-209 Częstochowa, ul. Prosta 88/90** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **CARDO Sp. z o. o., 40-950 Katowice, pl. Grunwaldzki 8-10/147** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **CARDO Sp. z o. o., 40-950 Katowice, pl. Grunwaldzki 8-10/147.**

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Powiatowy Zarząd Dróg w Wodzisławiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę ciągu drogowego usprawniającego dojazd do stref przemysłowych w Czyżowicach oraz odciążającego DW 933.

14 maja 2010 r. za pośrednictwem faksu zamawiający przesłał informacje: pismem ZP.343.D-3/1245/2010 o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz pismem ZP.343.D-3/1246/2010 o wykluczeniu „ CARDO ” Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, który to wykonawca wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.2 ust.5, art.24 ust.2 pkt.4, art.26 ust.2a i 2b, oraz art.91 ust. 1 ustawy i wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uznania oferty odwołującego za ważną, ponownej oceny ofert i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty wg kryteriów wyboru określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz”.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, nie podał w siwz sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Zarzucił również, że zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób wygórowany i nieadekwatny do zakresu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz, że zamawiający określając niejednoznacznie warunek udziału w postępowaniu nie może interpretować go na niekorzyść wykonawcy i poszukiwać elementów mogących go wyeliminować z postępowania. Wywiódł, że o wymaganiach zamawiającego dowiedział się z pisma zawierającego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wobec czego złożył dodatkowe dokumenty potwierdzające posiadane doświadczenie, które zgodnie z przepisami art. 26 ust.2b ustawy udostępnił mu PRD MPRD Sp. z o. o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający wybrał ofertę o 458 764,45 zł droższą przez co naruszył interes w uzyskaniu zamówienia.

[DROG-BUD – Sp. z o. o., z siedzibą w Częstochowie 24 maja 2010 roku zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, z zachowaniem przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy \(termin liczony z uwzględnieniem art. 115 k.](#)

c.) . Powołując okoliczność wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej przystępujący wniosk o oddalenie odwołania oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz powołał argumentację uzasadniającą złożone żądanie.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu oraz stwierdzeniu zachowania przesłanek przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W „Opisie przedmiotu zamówienia” w rozdziale II siwz zamawiający ustalił, że przedmiotem zamówienia obejmuje: przebudowę dróg powiatowych na długości 7,55 km oraz:

- 1) przebudowę sześciu skrzyżowań na tych drogach,
- 2) przebudowę utwardzonych poboczy tych dróg na długości 7,97 km,
- 3) wybudowanie kanalizacji deszczowej w tych drogach o długości 2,35 km i przebudowę takiej kanalizacji o długości 0,86 km,
- 4) budowę chodników na tych drogach o długości 3,33 km i przebudowę takich chodników o długości 3,82 km,
- 5) budowę sześciu i przebudowę pięciu zatok autobusowych na tych drogach.

W rozdziale IV pkt 1.2)a) siwz zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, min. 5 robót budowlanych związanych z budową lub przebudową lub remontem drogi wraz z robotami towarzyszącymi, tj. budową lub remontem chodnika, budową lub remontem kanalizacji deszczowej, wykonaniem lub remontem nawierzchni o wartości łącznej min. 20.000.000 zł brutto w tym jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 8.000.000 zł brutto.

W rozdziale V pkt 1.1.2. SIWZ zamawiający, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IV.1.2)a) SIWZ złożyli:

- a) wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz;
- b) dokumenty potwierdzające, że roboty opisane w tym wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zwane dalej „referencjami”.

W rozdziale V pkt 1.6. SIWZ zamawiający ustalił, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 1.2 i 1.3 rozdziału V SIWZ wykonawca może polegać na

wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a w szczególności przedstawić w tym celu:

1) pisemne zobowiązanie tych podmiotów do zrealizowania części zamówienia, zawierające zakres czynności, które te podmioty zobowiązują się wykonać - w przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów;

2) pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy osób na okres ich udziału w wykonywaniu zamówienia, zawierające także listę osób, które zostaną przez ten podmiot udostępnione - w przypadku, gdy Wykonawca wskazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów."

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną.

Odwołujący w „Wykazie wykonanych robót budowlanych”, zawartym na str. 52 i 53 oferty wykazał 10 robót budowlanych, wykonanych w ciągu pięciu lat przed terminem składania ofert w postępowaniu, o łącznej wartości przekraczającej 20.000.000 zł, przy czym 6 tych robót wykonała „KEM - Tyskie Drogi” - Spółka z o. o. z siedzibą w Tychach, zwana dalej „Spółką KEM”, 4 roboty wykonał odwołujący. Str. 54 oferty odwołującego zawiera zobowiązanie Spółki KEM zgodnie z postanowieniem rozdziału V pkt 1.6. siwz

Wartości co najmniej 8.000.000 zł przekraczają wyłącznie roboty wskazane w poz. 1 wykazu „Modernizacja Gospodarki Ściekowej Gliwice - Żerniki III „Modernizacja i budowa dróg”, wykonane dla Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji - Spółka z o.o. w Gliwicach przez Spółkę KEM.

Str. 55 oferty odwołującego zawiera referencje udzielone Spółce KEM przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji - Spółkę z o. o. w Gliwicach, dotyczących poz. 1 . z ich treści wynika, że roboty te polegały na modernizacji i budowie dróg i obejmowały frezowanie nawierzchni asfaltowych, wykonanie koryt, wykonanie podbudowy tłuczniowej, wykonanie podbudów z asfaltobetonu, wykonanie nawierzchni bitumicznych - warstwa wiążąca i ścieralna, wykonanie nawierzchni dróg z kostki betonowej, wykonanie chodników z kostki betonowej i ustawienie krawężników i obrzeży betonowych. Z referencji tych nie wynika, by roboty będące ich przedmiotem obejmowały budowę lub remont kanalizacji deszczowej.

10 maja 2010 r. pismem nr ZP343.D-3/1192/2010 zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia w terminie do dnia 14 maja 2010 r. m. in. dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i

prawidłowe ukończenie robót budowlanych związanych z budową lub przebudową lub remontem drogi wraz z robotami towarzyszącymi, tj. budową lub remontem chodnika, budową lub remontem kanalizacji deszczowej, wykonaniem lub remontem nawierzchni o wartości łącznej min. 20.000.000 zł brutto w tym jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 8.000.000 zł brutto. Zamawiający stwierdził, że załączone do oferty oferty dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz wskazał, że niezuzupełnienie dokumentów w wyznaczonym terminie skutkować będzie wykluczeniem.

Odwołujący w piśmie z 13 maja 2010r., które zamawiający otrzymał 14 maja 2010r., oświadczył, że dokumenty zawarte w ofercie potwierdzają spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz, że warunek ten został sformułowany niejednoznacznie, bowiem ze sformułowania tego nie wynika, czy każda, czy też tylko niektóre z robót budowlanych, których wykonaniem ma się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, winna obejmować wszystkie roboty towarzyszące wskazane w tym warunku. Odwołujący stwierdził, że w celu rozwiania wątpliwości zamawiającego przedkłada kolejne dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia:

- zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych MPRD -Spółki z o. o. z siedzibą w Rudzie Śl., zwanego dalej „Spółką MPRD”, do udostępnienia jej wiedzy i doświadczenia zawodowego odwołującemu oraz zrealizowania części zamówienia będącego przedmiotem postępowania z 13 maja 2010 r.;
- „Wykazu wykonanych robót budowlanych” wykazującego wykonane przez Spółkę MPRD w okresie od 7 września 2006r. do 18 października 2007r. na zamówienie Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji - Spółki z o. o. w Gliwicach roboty budowlanej o wartości 3.346.378,38 euro, tj. równowartość 12.214.281,09 zł polegające na modernizacji gospodarki ściekowej w Gliwicach - ul. Kozielska;
- stosownych referencji, z których wynika, że roboty te miały wartość 2.742.933,10 euro, obejmowały wykonanie kanalizacji sanitarnej metodą bezwykopową i wykopową oraz odtworzenie konstrukcji drogi w pasie robót kanalizacyjnych z warstwy ścieralnej na całej szerokości jezdni.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie przywołanych dokumentów oraz oświadczeń stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż jako uczestnik postępowania, który złożył ofertę najkorzystniejszą w jedynym kryterium ceny ma interes w uzyskaniu

danego zamówienia, a skoro zarzucany zamawiającemu wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty uniemożliwił dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej zaistniała możliwość poniesienia przez odwołującego szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W celu oceny sporu Izba dokonała analizy treści warunku udziału w postępowaniu ustalonego w rozdziale IV pkt 1.2)a) siwz.

Z literalnego brzmienia tego warunku wynika w sposób jednoznaczny, że zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej pięciu robót budowlanych o łącznej wartości co najmniej 20.000.000 zł, polegających na budowie lub przebudowie drogi, z których każda winna obejmować następujące roboty towarzyszące:

- 1) budowę lub remont chodnika,
- 2) budowę lub remont kanalizacji deszczowej,
- 3) wykonanie lub remont nawierzchni,

przy czym przynajmniej jedna z wykazywanych robót winna mieć wartość co najmniej 8.000.000 zł.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, nie budzi wątpliwości, że zamawiający oczekiwał wykazania wszystkich robót towarzyszących. Jediną alternatywę daną wykonawcom stanowi możliwość wykazania robót towarzyszących polegających albo na budowie (wykonaniu), albo na remoncie. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia w rozdziale IV pkt 1.2)a) SIWZ, sformułowany został w sposób nie pozwalający na dowolność interpretacyjną.

W potocznym rozumieniu wyliczenie cech danego przedmiotu oznacza, że dany przedmiot winien posiadać wszystkie wymienione cechy. Zgodnie z zasadami logiki prawniczej użycie przecinka jest równoznaczne z koniunkcją wyrażaną przez spójnik „i”.

Treść spornego warunku nie pozostawia zatem miejsca na dowolność interpretacyjną.

W ocenie Izby wymagania zamawiającego są adekwatne do zakresu zamówienia będącego przedmiotem postępowania i nie są nadmierne. Zamawiający wymagał wykazania należytego wykonania części robót budowlanych opisanych co do rodzaju i ilości w rozdziale II siwz, nie narzucając jednak proporcji poszczególnych prac. Izba ocenia, że wymagania zamawiającego stawiane wykonawcom, jak i sposób dokonywania ich oceny zawarty był w postanowieniach siwz w sposób jasny i zrozumiały oraz zgodny z wymaganiami ustawy.

W konsekwencji powyższego, prezentowana w odwołaniu teza o niejednoznaczności i niezrozumiałości warunku udziału w postępowaniu jest całkowicie chybiona. Uznać ją należy

również za podnoszone, z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy, zarzuty wobec postanowień siwz.

Niesporne jest między stronami, że tak postawionego warunku udziału w postępowaniu odwołujący nie spełnia. Modernizacja Gospodarki Ściekowej Gliwice - Żerniki III „Modernizacja i budowa dróg” wykonane przez Spółkę KEM na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji - Spółkę z o. o. w Gliwicach nie zawierała wymaganego zakresu robót towarzyszących.

Przekonaniu temu zamawiający dał wyraz dokonując wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Niezasadne jest kwestionowanie jego treści nie tylko z tego powodu, że stanowi ona dostateczny wyraz tego, że zamawiający uznał, że wymagania co do doświadczenia nie są przez odwołującego spełnione. Izba ocenia, że podnoszenie na tym etapie zarzutów wobec treści wezwania prowadzi, w okolicznościach sporu, do wewnętrznej sprzeczności w stanowisku odwołującego. Jeśli odwołujący nie mógł ustalić właściwej treści wezwania, winien podjąć adekwatne działania – wystąpić do zamawiającego lub wnieść odwołanie wobec treści wezwania, w szczególności, jeśli odwołujący uznawał, że warunek udziału został przez niego spełniony.

Odwołujący takich działań nie podjął, natomiast treść odwołania oraz stanowisko prezentowane na rozprawie świadczą o tym, że dokonał prawidłowej interpretacji wymagań zamawiającego.

Uzupełnienie dokumentów dokonane przez odwołującego nie może wyrzucić skutku w postaci uznania, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Niesporne jest, że roboty budowlane polegające na modernizacji gospodarki ściekowej w Gliwicach - ul. Kozielska wykonane przez Spółkę MPRD nie zawierają budowy lub remontu kanalizacji deszczowej. Odwołujący wykazał należyte wykonanie prac innych, niż wymagane. Podnoszenie na etapie postępowania odwoławczego, że wykonanie kanalizacji sanitarnej, o większym stopniu komplikacji daje gwarancję należytego wykonania kanalizacji deszczowej (stroniąc w tym miejscu od oceny technicznej), nie może być skuteczne z przyczyn formalnych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 ustawy). Podstawowym dokumentem jest ogłoszenie o zamówieniu lub siwz, stanowiące punkt odniesienia dla oceny wszystkich podjętych w postępowaniu czynności. Dopuszczenie możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o roboty budowlane inne, niż wskazane przez zamawiającego w siwz jest niedopuszczalne. Takie działanie godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy i może mieć wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem było wiadome, że zamawiający uzna należyte wykonanie kanalizacji sanitarnej za zgodne z opisanym warunkiem udziału w postępowaniu, krąg wykonawców zainteresowanych zamówieniem mógłby być inny, szerszy.



Ponadto oświadczenie stanowiące zobowiązanie Spółki MPRD zostało złożone 13 maja 2010 r., po terminie składania ofert. Tymczasem wykonawcy winni wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, nawet w przypadku gdy następuje to dopiero wskutek wezwania dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Dopuszczenie późniejszego, niż dzień składania ofert, wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez rażąco naruszyłoby art. 7 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji gdyby dotyczyło to miało wyłącznie jednego wykonawcy, czego domaga się odwołujący.

Wskazać należy, że sama data zobowiązania późniejsza, niż termin składania ofert, nie przesądza o braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, gdyż wystarczające jest, aby okoliczność taka wynikała z treści zobowiązania. Tymczasem z treści zobowiązania Spółki MPRD nie sposób wywieść, iż odwołujący dysponował jej wiedzą i doświadczeniem zawodowym na dzień składania ofert. W konsekwencji uznać należy, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego na dzień, w którym upłynął termin składania ofert w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy – stosownie do wyników postępowania odwoławczego.