

**Sygn. akt KIO/UZP 636/08**

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek**

**Członkowie: Grzegorz Mazurek**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wakoz Sp. z o. o., Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Kolbudy, Kolbudy, ul. Staromłyńska 1** protestu z dnia 6 czerwca 2008r.

przy udziale **Eurovia Polska S.A., Wrocław, ul. Fabryczna 20B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Kolbudy, Kolbudy, ul. Staromłyńska 1** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wakoz Sp. z o. o., Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gmina Kolbudy, Kolbudy, ul. Staromłyńska 1** na rzecz **Wakoz Sp. z o. o., Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wakoz Sp. z o. o., Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przebudowę skrzyżowania ul. Wybickiego z ul. Polną oraz Staromłyńską w Kolbudach* (numer referencyjny ZP/3410/9/2008), ogłoszonego w biuletynie zamówień publicznych w dniu 14 kwietnia 2008r. numer 1, pozycja 75494. W dniu 3 czerwca 2008r, Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez EUROVIA POLSKA S.A. (cena 2.561.634,62 zł.), a także o odrzuceniu ofert nr 3 i 4 (oferta Odwołującego się – cena 2.112.864,81 zł.). Oferta WAKOZ Sp. z o.o., odrzucona została na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wykonawca został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona z powodu nie złożenia właściwych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.

realizacji w ostatnich pięciu latach (jako główny Wykonawca) co najmniej jednego zamówienia o wartości netto min. 1.500.000,00 zł., którego charakter i trudność wykonania były porównywalne z przedmiotem zamówienia. W ocenie zamawiającego roboty objęte wykazem nie mogą być uznane za porównywalne z przedmiotem zamówienia. W szczególności, w przypadku wykazanej przebudowy skrzyżowania wraz z przebudową sygnalizacji świetlnej, wykonywanej w ramach konsorcjum, WAKOZ Sp. z o.o. nie była głównym wykonawcą, a zakres robót nie obejmował budowy kanalizacji deszczowej, budowy oświetlenia ulicznego ani też przebudowy sieci uzbrojenia terenu (teletechnicznej, gazowej i urządzeń energetycznych), objętych przedmiotem zamówienia w przetargu prowadzonym przez Zamawiającego.

W dniu 6 czerwca (faksem), a 9 czerwca 2008 r. pisemnie WAKOZ Sp. z o.o. złożyło protest na czynności podjęte przez Zamawiającego, tj. wykluczenia z postępowania oraz wybór oferty EUROVIA POLSKA S.A., zarzucając naruszenie zasady uczciwej konkurencji, zasady równości i niedyskryminacji, jak również zasadę gospodarności oraz efektywności wydatków publicznych opisaną w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 92 ust. 1 pkt 3, art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pierwszej kolejności Protestujący wskazał na błędną podstawę prawną wykluczenia go z postępowania, gdyż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie dotyczy oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu należy wykluczyć na mocy art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Informacja o naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 3 przekazana przez Zamawiającego była zatem nierzetelna i miała istotne znaczenie w kontekście korzystania z środków ochrony prawnej. Podobnie, Zamawiający błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który to przepis nie powinien mieć zastosowania w przypadku, gdy wykonawca został wykluczony z postępowania, gdyż jego ofertę uznaje się za odrzuconą z mocy prawa na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do merytorycznej podstawy wykluczenia Wykonawca wskazał, iż w załączonym przez niego zestawieniu znalazły się 3 zamówienia o wartości od 56.802,18 zł. do 45.000.000,00 zł. zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat, wraz z krótkim opisem zakresu robót. Na żądanie Zamawiającego, wykaz robót uzupełniony został o zamówienie zrealizowane dla ZDM w Koszalinie polegające na przebudowie skrzyżowania wraz z przebudową sygnalizacji świetlnej, o wartości 2.386.731,31 zł., wraz z dokumentami potwierdzającymi jego należyte wykonanie. Zamawiający nie kwestionował robót pod względem ich wartości, czasu realizacji, jak również udziału Protestującego jako głównego wykonawcy robót (choć w jednym przypadku był głównym wykonawcą z partnerem

konsorcjum). Formularz został wypełniony zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Na tej podstawie Protestujący wnioskował, iż jedyną podstawą wykluczenia go z postępowania był charakter oraz poziom trudności wykazanych robót. Zdaniem Protestującego, Zamawiający oczekiwał wykazania robót drogowych wraz z robotami towarzyszącymi najlepiej zrealizowanych podczas przebudowy skrzyżowania dróg. Zamówienie realizowane dla ZDM w Koszalinie - przebudowa skrzyżowania ul. Bohaterów Warszawy-Morska, potwierdzają spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego. W ramach roboty, wykonywane były roboty rozbiórkowe, budowa skrzyżowania z tzw. azylami dla pieszych, przebudowa wlotów ulic, przebudowa wysepek przystankowych, zatok, przebudowa kanalizacji deszczowej, przebudowa sieci technicznej, sieci gazowej (regulacja) przebudowa oświetlenia ulicznego i wykonanie sygnalizacji ulicznej. Zamawiający nie opisał w treści warunku, dotyczącego wymaganego doświadczenia, charakteru i trudności zamówienia, które uzna za spełniające warunek. Tym samym, Zamawiający nie może obecnie stosować uznaniowego sposobu oceny jego spełniania, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W przypadku wątpliwości, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w dniu 19 czerwca 2008r., oddalił protest w całości. W uzasadnieniu, Zamawiający powtórzył swoje stanowisko przedstawione w decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy i dodatkowo podkreślił, iż w jego ocenie wykaz robót porównywalnych (wraz z dołączonymi referencjami) stanowią dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów (...), a Zamawiający zobowiązany był zastosować art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp, jako podstawę wykluczenia Wykonawcy. Odnosząc się do wyjaśnień Protestującego z dnia 27.05.2008r., Zamawiający wyjaśnił, iż nie wskazywał one, jakoby przebudowa skrzyżowania w Koszalinie obejmowała swym zakresem: budowę kanalizacji deszczowej, budowę oświetlenia ulicznego oraz przebudowę sieci uzbrojenia terenu (teletechnicznej, gazowej i urządzeń energetycznych). W takiej sytuacji Zamawiający miał obowiązek wykluczenia Protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący w dniu 23 czerwca 2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, czynności wyboru oferty, dokonanie ponownej czynności badania pod kątem spełniania warunków podmiotowych.

W dniu 09 lipca 2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca wybrany EUROVIA POLSKA S.A. Izba na posiedzeniu

dopuszcza do udziału w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego, Przystępującego do postępowania odwoławczego.

Na podstawie dokumentacji, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż złożył najtańszą ofertę, a w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta zostanie przywrócona do postępowania i będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dalszej kolejności, Izba stwierdziła, iż Zamawiający oceniając dołączony do oferty wykaz zrealizowanych przez Wykonawcę zamówień uznał, iż charakter przedstawionych zamówień nie jest porównywalny z kompleksową przebudową skrzyżowania drogi wojewódzkiej, jak również trudność ich wykonania jest nieporównywalnie mniejsza (zamówienia realizowane dla SHIMIZU CORPORATION S.A. - budowa fabryki SHARP, makroniwelacja terenu, wykonanie podbudowy pod posadzkę fabryki, wykonanie układu dróg o wartości 19.868.190,31 zł.; Urzędu Gminy Luzino - budowa ulic Dolnej i Kościelnej o wartości 56.802,18 zł.; Metro Group Basset Management - budowa centrum handlowego, sieci dróg wewnętrznych i parkingów o pełnej konstrukcji technologicznej o wartości 45.000.000,00 zł).

W dniu 21 maja 2008r. WAKOZ Sp. z o.o., na wezwanie Zamawiającego uzupełniła Wykaz robót porównywalnych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, wskazując dodatkowo zamówienie realizowane dla Zarządu Dróg Miejskich w Koszalinie (przebudowa skrzyżowania ul. Bohaterów Warszawy – Morska wraz z przebudową sygnalizacji świetlnej o wartości 2.386.737,31 zł.). Do uzupełnionego wykazu dołączono również referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Następnie w dniu 28 maja 2008r. Wykonawca złożył wyjaśnienia w sprawie roboty budowlanej realizowanej wspólnie w ramach konsorcjum utworzonego z PDM SP. z o.o., załączając porozumienie wykonawcze z dnia 23.06.2007r. Wynika z niego, iż w ramach realizacji zadania „Koszalin: Przebudowa skrzyżowania ulic Bohaterów Warszawy – Morska wraz z przebudową sygnalizacji świetlnej”, Lider Konsorcjum, tj. WAKOZ Sp. z o.o., zobowiązał się wykonać wszystkie prace dotyczące zadania zgodnie ze siwz oraz dokumentacją techniczną, z wyłączeniem dostawy masy bitumicznej realizowanej przez partnera konsorcjum.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła, iż w części B (instrukcja dla wykonawców) w pkt I.7.2, Zamawiający określił warunki uczestnictwa w postępowaniu, wymagając między innymi, aby wykonawcy zrealizowali w ostatnich pięciu latach (jako główny wykonawca) co najmniej jedno zamówienie o wartości netto min. 1,5 mln zł., którego charakter i trudność wykonania były porównywalne z przedmiotem zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania warunku, wykonawcy zobowiązani byli złożyć w ofercie wykaz zrealizowanych (...) zamówień o porównywalnym charakterze i trudności wykonania z przedmiotem zamówienia, z podaniem dla przynajmniej jednego zamówienia: terminu i miejsca realizacji, zamawiającego oraz zakresu prac (krótki opis) i ich wartości, wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że zamówienie to zostało wykonane należycie (część B pkt II 9.4 siwz).

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (część A siwz) zakres przebudowy skrzyżowania ul. Wybickiego (droga wojewódzka na 221) z ul. Polną (droga gminna) oraz Staromłyńską (droga powiatowa nr 1929G), obejmuje:

- Roboty rozbiórkowe
- Budowę skrzyżowania typu małe rondo z azylami dla pieszych
- Przebudowę wlotów ul. Polnej i ul. Staromłyńskiej
- Przebudowę zatok autobusowych zlokalizowanych wzdłuż ul. Wybickiego
- Korektę łuków poziomych i pionowych
- Budowę oświetlenia ulicznego
- Przebudowę sieci teletechnicznej
- Przebudowę sieci gazowej
- Przebudowę kolidujących urządzeń energetycznych
- Budowę kanalizacji deszczowej odprowadzającej wody deszczowe z terenu skrzyżowania
- Wykonanie oznakowania pionowego i poziomego przebudowanego skrzyżowania.

Wykonawcy musieli wziąć pod uwagę konieczność wykonania prawidłowej organizacji ruchu na czas prowadzenia robót w obrębie pasów drogowych, zgodnie z załączonym projektem.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu bezpodstawnie wykluczył Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zapisy specyfikacji, w tym w szczególności dotyczące opisu warunku udziału w postępowaniu, a także sposobu oceny jego spełniania, zawierają określenia nieostre, na podstawie których Zamawiający dokonał oceny spełniania warunku posiadania doświadczenia. Zamawiający nie dookreślił, jak należy rozumieć „charakter i trudność wykonania” zamówienia, tak aby można było porównać je z przedmiotem zamówienia. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą posiadać jednoznaczną informację, co do warunków określonych przez Zamawiającego, tak aby móc wykazać się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający dokonując opisu warunku oraz sposobu jego oceny posługuje się

terminami nieprecyzyjnymi, rodzi to ryzyko różnej ich interpretacji przez uczestników postępowania, co miało miejsce również w przedmiotowej sprawie. Istota sporu sprowadzała się do oceny porównywalności robót objętych wykazem z przedmiotem zamówienia pod względem charakteru i trudności oraz głównego wykonawstwa. Odwołujący się uzupełnił wykaz robót, przez wskazanie zamówienia realizowanego na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Koszalinie, obejmującego przebudowę skrzyżowania wraz z budową sygnalizacji świetlnej i dołączył odpowiednie referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego wymieniona robota potwierdza doświadczenie wykonawcy, jakiego oczekiwał, a następnie opisał w siwz, Zamawiający. Odnoszenie się przez Zamawiającego, dla oceny charakteru i trudności wykonanej roboty, wprost do wyszczególnionych w ramach opisu przedmiotu zamówienia robót, nie znajdowało uzasadnienia w opisie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie określił, w jaki sposób oceni poziom trudności, jak również charakter objętych wykazem robót, w szczególności nie podał jakie są jego minimalne wymagania w tym zakresie. Wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść (podobne stanowisko wyraził ZA w wyroku z dnia 12.2.2005r o sygn. akt UZP/ZO/0-243/05). W ocenie Izby, robota realizowana na rzecz ZDM w Koszalinie jest porównywalna pod względem charakteru i trudności z przedmiotem zamówienia. Potwierdza to zarówno oświadczenie Wykonawcy, jak również załączone referencje. Zakres robót obejmował przebudowę skrzyżowania dróg krajowych wraz z przebudową sygnalizacji świetlnej i jest zgodny z przedmiotem zamówienia, chociaż nie obejmował wszystkich robót, jakie Zamawiający przewidział w ramach przedmiotowego zamówienia. Nie można jednak na tej podstawie postawić zarzutu braku wykazania doświadczenia, gdyż Zamawiający nie stworzył możliwości dokonania jednoznacznej oceny charakteru i trudności robót, ocenianej w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Co do zarzutu braku spełniania warunku głównego wykonawstwa przy realizacji zamówienia na rzecz ZDM w Koszalinie, Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego. Złożone, w toku wyjaśnień treści oferty, porozumienie wykonawcze pomiędzy uczestnikami konsorcjum, potwierdza, iż miało być ono realizowane głównie siłami Odwołującego się. W trakcie rozprawy nie przedstawiono dowodu, iż rzeczywisty przebieg prac odbywał się odmiennie od zawartego porozumienia. Na tej podstawie Izba uznała, iż Odwołujący się był głównym wykonawcą przy przebudowie skrzyżowania ulic Bohaterów Warszawy-Morska. Ostatecznie, Izba uznała, iż zamówienie realizowane na rzecz ZDM w Koszalinie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz.

W zakresie pozostałych robót objętych wykazem, Izba stwierdziła, iż nie pozwalają one dokonać pozytywnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności, zamówienie na rzecz Urzędu Gminy Luzino, nie odpowiada wartości minimalnej określonej

przez Zamawiającego, tj. 1,5 mln. zł. netto. Pozostałe dwie roboty obejmowały przede wszystkim budowę fabryki oraz centrum handlowego i nie można ustalić udziału wartościowego kosztów wykonania dróg wewnętrznych oraz parkingów. Powyższe nie ma jednak wpływu na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający wymagał wykazania się tylko jedną robotą.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (ograniczając je do kwoty określonej w przywołanym przepisie), Izba obciążyła Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*