

Sygn. akt: KIO 926/13

WYROK

z dnia 7 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Developer i Recykling Sp. z o.o., J..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Remontowy BUDREM J..... R....., ul. Młodego Górnika 2D, 41-808 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Developer i Recykling Sp. z o.o., J..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Remontowy BUDREM J..... R....., ul. Młodego Górnika 2D, 41-808 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Developer i Recykling Sp. z o.o., J..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Remontowy BUDREM J..... R....., ul. Młodego Górnika 2D, 41-808 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiału zasypowego, zasypanie rury szybowej oraz wykonanie płyty żelbetowej na zrębie szybu „Sas” w KHW S.A. KWK Mysłowice – Wesoła. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.11.2012 r. pod numerem: 2012/S 227-373988.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia wykonawcy - Przedsiębiorstwa Usługowego GEOCARBON Sp. z o.o. (dalej „GEOCARBON”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i wybór oferty złożonej przez Wykonawcę, który winien zostać wykluczony z postępowania jako nie spełniający warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy GEOCARBON, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 4 przez zaniechanie uznania oferty GEOCARBON za odrzuconą,
4. art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania GEOCARBON, dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie, GEOCARBON w dniu 06.03.2013 r. złożył kolejny Wykaz wykonanych usług i nowe referencje, jako dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. W Wykazie umieścił następujące prace:

1. wykonanie otworów technologicznych w rejonie szybu „Markłowice I” w okresie od 07.03.2012r. do 23.03.2012 r. - wykonane dla Kompani Węglowej S.A. Oddział KWK Marcel,
2. wykonanie ekranu akustycznego oddzielającego parking dla samochodów ciężarowych - w okresie od 31.05.2010 r. do 31.08.2010 r. - wykonane dla Kompani Węglowej S.A. Oddział

KWK Ziemowit.

Zdaniem Odwołującego, brak podstaw do uznania powyższych usług za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący wskazuje, że ustawa Prawo geologiczne i górnicze z dnia 9.06.2011r. (Dz. U. Nr 163, poz. 981) w art. 6 pkt 18 zawiera jasną definicję pojęcia „zakład górniczy”. Natomiast z rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych wynika, jakie roboty są robotami szybowymi.

Zdaniem Odwołującego, wykazane przez GEOCARBON usługi nie są usługami związanymi z robotami szybowymi, wykonanymi na terenie zakładu górniczego, również usługi wykazane, w uzupełnionym na wezwanie, nowym wykazie nie spełniają spornego warunku. Pierwsza jest wykonana na zakładzie górniczym, ale jest związana z robotą wiertniczą, a nie z robotą szybową. Natomiast druga jest po prostu robotą budowlaną wykonaną na terenie zakładu górniczego.

Tymczasem, jak wskazuje Odwołujący, ww. rozporządzenie wyraźnie rozgranicza roboty wiertnicze i roboty szybowe, zatem nie można uznać, że przy postawionym warunku w SIWZ, dotyczącym wykonania usług związanych z robotami szybowymi, za spełnienie warunku usług związanych z robotami wiertniczymi.

Odwołujący powołuje się na analizę pojęcia „doświadczenie”, którą przeprowadziła KIO w wyroku z 16.02.2011 r., sygn. akt: KIO 249/11.

W opinii Odwołującego, nasuwa się wątpliwość, dlaczego Zamawiający, który precyzyjnie określił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący wiedzy i doświadczenia, na etapie badania i oceny ofert nie kieruje się taką precyzją. Zdaniem Odwołującego, skoro pierwotnie ustalone warunki udziału w postępowaniu nie zostały zmienione, to Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany dokonywać badania i oceny ofert w oparciu o nie. Nie może bowiem zmieniać reguł podczas prowadzenia postępowania, tj. po otwarciu ofert, w czasie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców.

Odwołujący podniósł również, że GEOCARBON powinien podlegać wykluczeniu z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału na dzień składania ofert, bowiem nowy Wykaz wykonanych usług datowany jest na dzień 06.03.2013 r., zaś załączone referencje są wystawione w dniu 28.02.2013 r. oraz 26.02.2013 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający winien postąpić z wykonawcą GEOCARBON w taki sposób, jak postąpił z konsorcjum firm: Górnicza Spółdzielnia Pracy i OSKARD Sp. z o.o., który uzupełnił brakujące dokumenty, jednakże datowane później niż termin składania ofert i został wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części 5. pkt 5.1 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, stwierdzając m.in., że wykonawca musi legitymować się wiedzą i doświadczeniem. Jednocześnie w części 6. pkt 61. SIWZ Zamawiający postanowił, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 5.1 niniejszej SIWZ, Zamawiający żąda złożenia m.in. *„wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług na terenie Zakładu Górniczego, obejmujących przynajmniej 1 usługę związaną z robotami szybowymi, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ)”*.

Wykonawca GEOCARBON w złożonej ofercie w Wykazie zrealizowanych usług wykazał:

1. zamówienie obejmujące między innymi likwidację starych szybów, szybików i zapadlisk za pomocą materiałów specjalistycznych stosowanych w górnictwie podziemnym- w okresie od 09.2009 r. do nadal - wykonane dla Budimexu S.A.,
2. zamówienie obejmujące między innymi czynności związane z podsadzaniem pustek na terenach płytkiej eksploatacji złóż rud metali, w tym wyrobisk pionowych (szybików), poziomych (chodniki), pustek i szczelin - w okresie od 29.02.2012 r. do 27.06.2012 r. - wykonane dla GDDKiA Oddział w Kielcach.

Pismem z dnia 28.02.2013 r. Zamawiający wezwał GEOCARBON, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia Wykazu wykonanych usług oraz dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie, stwierdzając, że złożony wraz z ofertą Wykaz i referencje nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi (pismo z dnia 06.03.2013 r.) GEOCARBON przedłożył Wykaz wykonanych usług wskazując jako usługi referencyjne:

1. wykonanie otworów technologicznych w rejonie szybu „Markowice I” w okresie 07.03.2012 r. – 23.03.2013 r. na rzecz Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Marcel,
2. wykonanie ekranu akustycznego oddzielającego parking dla samochodów ciężarowych w okresie 31.05.2010 r. – 31.08.2010 r. na rzecz Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Ziemowit.

Przedmiotowy Wykaz został sporządzony w dniu 06.03.2013 r. Wraz z Wykazem przedłożono referencje datowane odpowiednio na dzień 28.02.2013 r. oraz 26.02.2013 r.

Przedstawione doświadczenie zostało przez Zamawiającego zweryfikowane pozytywnie, a w ślad za tym Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez GEOCARBON za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie niniejszego sporu wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, wykonania jakiego rodzaju usług Zamawiający oczekiwał, celem wykazania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia. W ocenie Izby, użycie przez Zamawiającego zwrotu, iż chodzi o usługę związaną z robotami szybowymi wskazuje, że referencyjna usługa winna pozostawać w związku funkcjonalnym z robotami szybowymi. Jednocześnie na tle tak sformułowanego warunku nie sposób zaś wywieść, że wykonawca winien się legitymować doświadczeniem w zakresie wykonywania robót stanowiących roboty szybowe, czy wręcz polegających na likwidacji szybu.

W ocenie Izby, wykonanie otworów technologicznych, a więc odwiertów, które wykonywane są w celu przeprowadzenia badań górotworu za obmurzem szybowym i w konsekwencji dokonania oceny cech szybu, a jednocześnie są niezbędne dla prowadzenia robót szybowych, należy zakwalifikować jako mieszczące się w kategorii usług wymaganych przez Zamawiającego.

Wykazanie rzeczzonego związku jest wystarczające do dokonania pozytywnej weryfikacji usług referencyjnych. Zatem, za nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwołującego, który dokonuje oceny kwestionowanych robót przez pryzmat robót szybowych, niezależnie od tego, czy ich definicję wywodzimy z rozdziału III powoływanego rozporządzenia, czy też z 5.29.1 załącznika nr 4 do przedmiotowego rozporządzenia. Nie zasługuje również na aprobatę pogląd Odwołującego, że usługi referencyjne winny obejmować likwidację szybu w rozumieniu § 82 ust. 1 powoływanego rozporządzenia. Podkreślenia wymaga bowiem, że Zamawiający nie oczekiwał doświadczenia w zakresie wykonywania robót szybowych, a tym bardziej doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia.

Zwrócić należy również uwagę, że Zamawiający nie postawił wymogów w zakresie czasu wykonywania usług referencyjnych ani ich wartości. Wnioskowanie zatem przez Odwołującego na podstawie wymienionych wskaźników o niedostatecznym doświadczeniu wykonawcy GEOCARBON nie znajduje podstaw.

Nadto, na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie jest uprawniony do kwestionowania warunku udziału w postępowaniu i wywodzenia braku adekwatności do przedmiotu zamówienia.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym, że podział na roboty wiertnicze i szybowe na charakter rozłączny. Definicja robót szybowych, ujęta w pkt 5.29.1 powoływanego rozporządzenia, prowadzi do wniosku, że roboty wiertnicze mogą stanowić również roboty szybowe.

Brak również podstaw do przyjęcia twierdzenia Odwołującego, że użycie w kwestionowanym Wykazie zwrotu „w rejonie szybu” miało na celu wykazanie jakiegokolwiek związku z wykonaniem prac na terenie zakładu górniczego. Stanowisko powyższe nie znalazło oparcia w materiale dowodowym.

Co do zarzutu Odwołującego, że na podstawie treści referencji nie można stwierdzić, że dana usługa spełnia warunki udziału w postępowaniu zauważyć należy, że referencje nie służą wskazanemu celowi, służą jedynie ustaleniu, że zamówienie zostało zrealizowane w sposób należyty.

Reasumując, w ocenie Izby, usługa polegająca na wykonaniu otworów technologicznych pozostaje w związku funkcjonalnym z robotami szybowymi i z tych względów należało uznać, że wykonawca GEOCARBON spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Druga usługa referencyjna, wobec braku tych cech, nie potwierdza spełniania spornego warunku. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że wykonanie przedmiotu zamówienia (zasypanie rury szybowej) jest zadaniem o mniejszym stopniu skomplikowania niż wykonanie rzeczonych otworów. Jednocześnie wobec niewykazania przez Odwołującego okoliczności przeciwnej i pozornego związku tej usługi z zakładem górniczym i robotami szybowymi brak było podstaw do uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się zaś do daty sporządzenia uzupełnionego Wykazu wykonanych usług zauważyć należy, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty winny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert. W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że wykonawca GEOCARBON winien legitymować się wykonaniem referencyjnych usług we wskazanym terminie. Zaś, terminy realizacji referencyjnych zamówień wskazują, że usługi te zostały wykonane przez upływem terminu do złożenia oferty. Okoliczność, że rzeczony Wykaz został sporządzony po terminie składania ofert pozostaje bez wpływu na powyższą okoliczność. Nie powinien budzić wątpliwości fakt, że uzupełnienie dokumentu w świetle powołanego przepisu nie wymaga antydatowania składanych dokumentów. Rozstrzygające znaczenie ma bowiem potwierdzenie określonej okoliczności na dzień składania ofert a nie data dokumentu. Zaś za niezrozumiałe należy uznać, nawet w świetle sformułowanego zarzutu, kwestionowanie referencji, datowanych na dzień przed upływem terminu do składania ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: