

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego – Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk**, przy udziale wykonawcy **Skanska S. A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oraz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez **Odwołującego – Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 222 w miejscowościach Trąbki Wielkie i Gołębiewko”.

Odwołujący Trakcja PRKiL S.A. – złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na bezpodstawnym powtórny wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu; bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą; bezpodstawnego dokonania wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art 24 ust 2 pkt 4), art. 24 ust 4, art. 26 ust 3, art. 38 ust 4 oraz art. 91 ust 1 Ustawy. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą; dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Zamawiający w punkcie 6.1.1. SIWZ postawił warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z treścią tego warunku: Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonać w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej 3 zamówienia na roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, tzn. polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy min. Z o długości po min. 2 km każde, w których wystąpił przekrój uliczny.

Zamawiający w punkcie 7.2.5. SIWZ zastrzegł, że powołanie się przez Wykonawcę na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu dopuszczalne jest wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia co najmniej w zakresie wykonania robót, jakimi potwierdził spełnienie opisanego w punkcie 6.1.1. warunku.

W punkcie 4a SIWZ Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących kluczowych części zamówienia: roboty w zakresie podbudowy i nawierzchni drogowej. Powyższe zastrzeżenie nie jest skuteczne w zakresie w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków opisanych w pkt 6.1.1., tj. warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący przedstawił w treści oferty wykaz 4 prac zrealizowanych przez podmiot PEUiM Sp. z o.o. Zatem Odwołujący powołał się w całości na zasoby innego podmiotu (wiedzę i doświadczenie). W treści oferty przedstawił też zobowiązanie podmiotu trzeciego do

udostępnienia wiedzy i doświadczenia, w którym podmiot trzeci oświadczył: sposób wykorzystania zasobów, bezpośrednio zaangażowanie w realizację części zamówienia. Wykonanie części robót z branży drogowej bez nawierzchni i podbudowy.

6 marca Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentu - zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, uznając je za wadliwe i nie potwierdzające spełnienia przez Odwołującego warunku posiadania wymaganej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, że podmiot, na którego wiedzę i doświadczenie powołuje się Wykonawca, powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w zakresie wykonania robót, w jakim potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. w niniejszym przypadku w całości realizacji przedmiotu zamówienia.

13 marca 2015 r. Odwołujący uzupełnił załącznik wykaz doświadczenia w ten sposób, że dopisał 1 robotę budowlaną wykonaną przez siebie i pozostawił wcześniej wykazywane 4 roboty budowlane wykonane przez podmiot PEUiM. Dodatkowo Odwołujący uzupełnił treść zobowiązania podmiotu trzeciego. W treści zobowiązania ponownie podmiot trzeci oświadczył: „Zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: Wykonanie przez nas wszystkich robót objętych zamówieniem z wyłączeniem podbudowy i nawierzchni drogowej”.

Zamawiający nie uznał poprawności uzupełnionego zobowiązania PEUiM i 25 marca 2015 r. ponownie wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 do uzupełnienia tego samego dokumentu, tj. zobowiązania PEUiM do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, że treść zobowiązania jest niewystarczająca w zakresie uczestnictwa podmiotu trzeciego przy realizacji robót, ponieważ wynika z niego, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału przy wykonaniu podbudowy i nawierzchni drogowej. Natomiast w niniejszym przypadku Wykonawca w większości wykazuje się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu, co jest równoznaczne z tym, że podmiot ten musi brać udział w większości robót w zakresie podbudowy i nawierzchni drogowej. Zamawiający powołał się także na postanowienia SIWZ punkt 7.2.5 i 4a, zgodnie z którym Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących kluczowych części zamówienia: roboty w zakresie podbudowy i nawierzchni drogowej. Powyższe zastrzeżenie nie jest skuteczne w zakresie w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków opisanych w pkt 6.1.1., tj. warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący w piśmie z dnia 26 marca 2015 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że ponowne wezwanie jest bezpodstawne z dwóch powodów: po pierwsze - nie można wzywać wykonawcy powtórnie do uzupełnienia tego samego dokumentu, po drugie - uzupełnione, za pismem z dnia 13 marca 2015 r., zobowiązanie jest poprawne. Dodatkowo Odwołujący przypomniał zakres zobowiązania podmiotu PEUiM. Nadto, w ramach wyjaśnień Odwołujący załączył do pisma zobowiązanie podmiotu PEUiM o tej samej treści, jak załączone do pisma z dnia 13 marca 2015 r.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego i wykluczył go z postępowania uznając, że ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazywał, że żaden przepis ustawy nie zabrania wykonawcy skorzystać z wiedzy i doświadczenia więcej niż jednego podmiotu trzeciego. Argumentował, że w przedmiotowym postępowaniu należało wykazać się wykonaniem 3 zamówień na roboty budowlane o takim samym zakresie, zatem wykonawca mógł skorzystać z udostępnienia wiedzy i doświadczenia trzech różnych firm i do załącznika nr 4 wpisać 3 zamówienia wykonane po jednym przez każdą z tych firm. W takiej sytuacji, idąc za tokiem rozumowania Zamawiającego, każdy podmiot udostępniający wykonawcy zasób w postaci wiedzy i doświadczenia musiałby w ramach umowy podwykonawczej brać udział w wykonaniu po 1/3 każdego zakresu ww. robót wchodzących w skład przedmiotu niniejszego zamówienia. Jak wyglądałaby wtedy organizacja pracy? Jak wyglądałaby wykonane roboty? Czy w ogóle byłyby wykonane?

Wskazywał, że postanowienia, zawartego w przedostatnim akapicie pkt 7.2.5 SIWZ nie można inaczej interpretować, jak nakazu uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu robót objętych zamówieniem. Zdaniem Odwołującego jest to nakaz ograniczający ustawowe prawo wykonawcy, wynikające z art. 26 ust. 2b Ustawy, do korzystania z zasobów innych podmiotów bez względu na charakter prawny stosunków łączących wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób.

Odwołujący podkreślał, że postanowienie zawarte w przedostatnim akapicie pkt 7.2.5 SIWZ wprowadza pozaustawowy imperatyw, nie ujawnia jednak ułamkowego (większościowego/mniejszościowego) zakresu robót objętych zamówieniem, przy wykonywaniu którego winien uczestniczyć podmiot trzeci w nasileniu uzależnionym od ilości wpisanych do załącznika nr 4 zamówień wykonanych przez ten podmiot Zamawiający w SIWZ nie uregulował tej kwestii, zatem nie może obecnie na zasadzie porównań wprowadzać nowe parametry oceny spełnienia przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Takie działanie wychodzi poza uprawnienie Zamawiającego. Zamawiający, zgodnie z art 38 ust. 4 Ustawy, może zmieniać postanowienia SIWZ do upływu terminu otwarcia ofert. Zmiana postanowień SIWZ w fazie badania ofert jest niedopuszczalna.

Odwołujący wskazywał, że zatrudnienie podmiotu trzeciego jako podwykonawcy jest możliwe (w jego sytuacji) na dwa sposoby: pierwszy sposób - w pełnym zakresie robót, czyli zlecenie mu wykonania całego zakresu robót objętych zamówieniem, drugi sposób - zlecenie mu kompleksowego wykonania części robót, tzn. kompleksowego wykonania jakiegoś zakresu robót wchodzących w przedmiot zamówienia. W żadnym wypadku nie można zlecić większościowego czy mniejszościowego udziału w wykonaniu każdego rodzaju robót objętych zamówieniem. Musi występować wyraźny podział robót do wykonania pozwalający na wzajemne rozliczenia pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą, pozwalający na ustalenie odpowiedzialnych za

wykonane roboty. Zamawiający proponuje przenikanie się procesu wykonywania tych samych robót przez różne firmy.

Podkreślał, że w jego przypadku przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia taki wyraźny podział będzie miał miejsce. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie wykona wszystkie roboty objęte zamówieniem za wyjątkiem podbudowy i nawierzchni drogowej, bo ten zakres robót Odwołujący wykonana samodzielnie.

Nadto, oprócz osobistego wykonania części robót, podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie skieruje na budowę, jako doradców i konsultantów, osoby wykonujące roboty wpisane do załącznika nr 4. Osoby te będą także szkolić pracowników Odwołującego. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie udostępni Odwołującemu dokumenty dotyczące wykonania podbudowy i nawierzchni drogowej, w tym dokumenty zawierające rozwiązania projektowe i technologiczne stosowane przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych wpisanych do załącznika nr 4. Odwołujący będzie miał wsparcie podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie przez cały okres realizacji zamówienia. Powyższe informacje zawarte są w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, uzupełnionym za pismem z dnia 13 marca 2015 r.

Odwołujący argumentował, że w związku z treścią przepisu art. 26 ust. 2b Ustawy, każdy stosunek prawny pozwalający na udostępnienie zasobów jest dopuszczalny i jakiegokolwiek ograniczenie w tym zakresie wprowadzone przez Zamawiającego nie może wywoływać w stosunku do wykonawcy negatywnych skutków prawnych. Nawet nie zaskarżone postanowienia SIWZ wydane wbrew Ustawie nie mogą obowiązywać.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych do powtórnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu, w tym przypadku zobowiązania podmiotu trzeciego. Dokonując tej czynności naruszył art 26 ust 3 Ustawy. Zamawiający nie miał podstaw prawnych do zmiany opisu sposobu oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dokonując zmiany opisu naruszył art. 38 ust. 4 Ustawy.

Odwołujący podkreślił, że wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie miał podstaw faktycznych do wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Nie mógł zastosować niezgodnego z Ustawą wymogu zawartego w SIWZ. W szczególności nie mógł zastosować wymogu wyartykułowanego po raz pierwszy w piśmie z dnia 25 marca 2015 r. o większościowym udziale podmiotu trzeciego przy wykonywaniu poszczególnych rodzajów robót objętych zamówieniem. Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, naruszył art 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 Ustawy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując wyboru oferty, która zgodnie z kryteriami oceny ofert nie jest najkorzystniejsza, naruszył art. 91 ust. 1 Ustawy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przeprowadził postępowanie niezgodnie z

przepisami prawa i postanowieniami SIWZ, tym samym nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Ustawy. Zamawiający zamierzając udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy, naruszył także art. 7 ust. 3 Ustawy.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili Wykonawcy Strabag sp. z o.o. i Skanska S.A.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby całokształt postanowień SIWZ wskazuje na uregulowanie postanowień SIWZ w taki sposób, aby w sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego, podmiot trzeci brał udział w realizacji zamówienia. Wynika to z poniżej przedstawionych postanowień SIWZ – 7.2.5 i punktu 4 SIWZ.

Zamawiający w punkcie 7.2.5. SIWZ zastrzegł, że powołanie się przez Wykonawcę na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu dopuszczalne jest wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia co najmniej w zakresie wykonania robót, jakimi potwierdził spełnienie opisanego w punkcie 6.1.1. warunku.

W punkcie 4a SIWZ Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących kluczowych części zamówienia: roboty w zakresie podbudowy i nawierzchni drogowej. Powyższe zastrzeżenie nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków opisanych w pkt 6.1.1., tj. warunku wiedzy i doświadczenia.

Postanowienia w tym kształcie nie zostały przez Wykonawców zakwestionowane na drodze środków odwoławczych.

Wobec powyższego, w sytuacji, gdy Odwołujący Trakcja PRkil S.A. powołał się w całości

(lub w przeważającej części) na doświadczenie podmiotu trzeciego PEUiM, to w świetle postanowień SIWZ, podmiot ten został zobowiązany do wykonywania zamówienia w takim zakresie. Dla Zamawiającego kluczowe znaczenie miały prace w zakresie podbudowy i nawierzchni drogowej. Zamawiający przewidział obowiązek osobistego wykonania tej części zamówienia. W sytuacji zaś, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w świetle postanowień SIWZ Zamawiający wymagał, aby podmiot trzeci brał udział w realizacji zamówienia. W treści zobowiązania podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie konsekwentnie wskazywał, że wykona wszystkie roboty objęte zamówieniem za wyjątkiem podbudowy i nawierzchni drogowej, bo ten zakres robót Odwołujący wykonana samodzielnie. Oznacza to, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie realizował prac podbudowy i nawierzchni drogowej. Stwierdzenie takie jest konsekwentne, znalazło się w złożonym pierwotnie w treści oferty i uzupełnionym zobowiązaniu podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie. Nadto znalazło się w treści odwołania, gdzie jednoznacznie Odwołujący wskazał, że „podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie wykona wszystkie roboty objęte zamówieniem za wyjątkiem podbudowy i nawierzchni drogowej, bo ten zakres robót Odwołujący wykonana samodzielnie.”

W ocenie Izby bezzasadne są twierdzenia, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie udzielał konsultacji czy udostępniał dokumentację. Przede wszystkim stoją one w jawnej sprzeczności z powyżej cytowanym, konsekwentnym stanowiskiem Odwołującego i jako takie nie są wiarygodne. Nadto Zamawiający oczekiwał fizycznego wykonania prac związanych z podbudową i nawierzchnią drogową.

W ocenie Izby spóźnione są okoliczności podnoszone przez Odwołującego, że postanowienia SIWZ będą napotykały trudności w podziale i rozliczeniu prac u Wykonawcy. Postanowienia SIWZ nie zostały zaskarżone. W ocenie Izby nie zachodzi także sprzeczność postanowień SIWZ z ustawą. Zamawiający wprowadził (i to nie zostało zakwestionowane) obowiązek realnego przekazania wiedzy i doświadczenia poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonaniu zamówienia w sytuacji, gdy Wykonawca będzie „podpierał się” doświadczeniem tego podmiotu, co nie jest przez ustawę zabronione. Postanowienie punktu 7.5.2 SIWZ wskazuje jedynie, w jaki sposób oceniona będzie realność przekazania wiedzy i doświadczenia. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający może jedynie ocenić spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zastosowanie Wykonawców do wymagań SIWZ. Bezspornie Odwołujący samodzielnie nie posiada wystarczającego doświadczenia, aby mógł realizować zamówienie. Z tego względu, zgodnie z postanowieniami SIWZ wymagane było przekazanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, który będzie w sposób realny uczestniczył w realizacji zamówienia. Wprowadzone sporne postanowienie w SIWZ gwarantuje realne solidarne wykonanie i odpowiedzialność wobec Zamawiającego za realizację kontraktu.

Należy podkreślić, że na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania warunku spełnienia udziału w postępowaniu. Temu obowiązkowi Odwołujący nie podołał. Powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego, udostępniającego wiedzę i doświadczenie, powinien wykazać, że podmiot ten będzie realizował zamówienie, w szczególności w zakresie podbudowy i nawierzchni drogowej. W treści zobowiązania znalazło się stwierdzenie, że podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia nie będzie brał udziału w pracach z zakresu podbudowy i nawierzchni drogowej. Powyższe stwierdzenie znalazło się także w treści odwołania. Powyższe jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, w szczególności z postanowieniami punktów 7.5.2 i 4. Nie będzie zatem miało miejsca realne przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. Z tego względu Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu jego oferty była uzasadniona.

W konsekwencji Zamawiający nie naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wybierając ofertę najkorzystniejszą, po czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....