

Sygn. akt: KIO/UZP 1208/08

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Jolanta Markowska**

**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę – **Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, Rzeszów, ul. Legionów 20** protestu z dnia 7 października 2008 r.

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę - Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12,**

2) 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 wykonawcy - **Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie kompleksowego utrzymania drogi krajowej nr 19 Lublin-Rzeszów na odcinku Nisko-Rzeszów od km 417+110 do km 470+941 o długości 53,831 km oraz wykonanie robót awaryjnych na terenie działania Rejonu w Nisku w okresie trzech lat od daty zawarcia umowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2008 r. pod numerem 2008/S 158 – 213906.

Pismem z dnia 30 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Mieczysław Zalesny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych ZOMIX zwanego dalej Wykonawca ZOMIX.

Na powyższą decyzję protest wniósł w dniu 7 października 2008 r. wykonawca Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 7 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej szczegółowych warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Rozdziale 1, pkt. 7.2.1 ppkt.2, pkt. 7.2.2 oraz pkt.7.2.5, a w konsekwencji przez zaniechanie czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania Wykonawcy ZOMIX.

Protestujący podniósł, iż złożona przez Wykonawcę ZOMIX polisa ubezpieczeniowa nie potwierdza spełnienia przez ww. Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału ekonomiczno – finansowego. Zdaniem Protestującego, Zamawiający nie wykluczając Wykonawcy z postępowania naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Ponadto w sposób rażący naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywając Wykonawcę pismem z dnia 25 września 2008 r. do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Protestującego, ww. przepis ma zastosowanie w sytuacji, kiedy Wykonawca nie złożył dokumentu lub złożył dokument zawierający błędy. Protestujący stwierdził, iż żadna z przytoczonych przesłanek nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Protestujący postawił również zarzut dotyczący nie wykazania przez Wykonawcę ZOMIX spełnienia warunku doświadczenia. Wskazał, iż Wykonawca ten wykazał,

że koordynował prace przy zimowym utrzymaniu dróg, nie załączając dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie. Zamawiający pismem z dnia 25 września 2008 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie powyższego warunku. Wykonawca w wyznaczonym terminie dołączył dokument wystawiony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie-Rejon w Nisku, z którego wynika, że Wykonawca ZOMIX koordynował prace przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych, polegające na zarządzaniu powierzonym sprzętem, rejestrowaniu i rozliczaniu czasu pracy sprzętu, przekazywaniu meldunków o stanie dróg oraz pełnieniu dyżurów. Załączony dokument, w ocenie Protestującego, nie stanowi potwierdzenia, że Wykonawca ZOMIX wykonywał na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowe usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg. Wynika z nich jedynie, że koordynował on prace przy zimowym utrzymaniu, które jak wynika z załączonych przez Wykonawcę dokumentów, nie polegały na wykonawstwie na drogach, zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Rozdział 1, pkt. 7.2.5 ppkt 1. Wobec powyższego, Zamawiający nie wykluczając Wykonawcy z postępowania naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o wykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawcy ZOMIX oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie odrzuconych.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 14 października 2008 r. (otrzymanym przez Protestującego w dniu 17 października 2008 r.) przez jego oddalenie w całości.

Zamawiający stwierdził, iż zakres prac świadczonych przez Wykonawcę ZOMIX na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Rejon Nisko zalicza się do podstawowych prac zimowego utrzymania dróg, do których według Wytycznych Zimowego Utrzymania Dróg stanowiących załącznik do Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad dla danego sezonu zalicza się m. in.:

- działania organizacyjno-techniczne,
- działania profilaktyczne, w tym osłonę dróg przed zawiewaniem i obsługę meteorologiczną,
- prace porządkowe po sezonie zimowym.

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, bezzasadny jest zarzut dotyczący doświadczenia Wykonawcy ZOMIX i naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, miał on prawo wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem zarzut naruszenia ww. przepisu jest w ocenie Zamawiającego niezasadny.

Wobec powyższego, w dniu 20 października 2008 r. wykonawca Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 7 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy ZOMIX, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie odrzuconych.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej. W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, żaden wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, a żadna z ofert nie została odrzucona. Odwołujący złożył drugą z kolei, pod względem kryterium ceny (jedyne kryterium), ofertę, a zarówno w proteście, jak i w odwołaniu postawił zarzuty wobec oceny przez Zamawiającego oferty, która uzyskała pierwsze miejsce, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i obowiązek wykluczenia wykonawcy, który uzyskał pierwszą pozycję. Wskazał zatem na wszystkie przesłanki wymienione w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ocenie Izby podlegała prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Wykonawcę ZOMIX w zakresie spełniania warunku potencjału ekonomiczno – finansowego w części dotyczącej posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz warunku doświadczenia.

Zamawiający w Tomie I, Rozdziale 1, pkt 7.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postawił wymóg, aby wykonawcy wykazali się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, jaki Wykonawca będzie wykonywał w ramach niniejszego projektu, na równowartość co najmniej 1 000 000,00 zł. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, jaki będzie wykonywał.

Wykonawca ZOMIX złożył polisę wystawioną przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w dniu 28 maja 2008 r. o numerze 003207. Suma gwarancyjna wskazana w polisie to 50 000 zł. Pismem z dnia 25 września 2008 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie ww. warunku. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca ZOMIX przekazał kopię polisy wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w dniu 22 września 2008 r., w której suma ubezpieczenia wynosi 1 000 000 zł.

W związku z dokonaniem przez Zamawiającego wezwaniem Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła interpretacji ww. przepisu przez Odwołującego i uznała czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu za dokonaną prawidłowo. Izba stoi na stanowisku, iż zasadnym jest dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Zgodnie ze stanem prawnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Brak takiego wezwania mógłby skutkować naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, bowiem wykonawca, który złożył dokumenty świadczące o braku spełniania warunku i który nie został wezwany do ich uzupełnienia zostałby wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

natomiast wykonawca, który nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wezwany do jego uzupełnienia. W związku z powyższym uznać należy, iż złożenie dokumentu wskazującego na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niewątpliwie bowiem Wykonawca w takiej sytuacji nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższa interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zgodna z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z dnia 16 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 69/07), wyrok z dnia 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 58/07), wyrok z dnia 21 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 814/08), wyrok z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 103/07), wyrok z dnia 30 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 4/08), wyrok z dnia 10 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1034/08).

Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się również zarzut dotyczący spełniania przez Wykonawcę ZOMIX warunku doświadczenia. Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się zrealizowaniem (zakończeniem) w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

- 1) wykonawstwa na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych usług z zakresu zimowego utrzymania dróg,
- 2) wykonawstwa na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych robót i usług z zakresu bieżącego utrzymania dróg w co najmniej 2 asortymentach,
- 3) wykonawstwa na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych robót i usług z zakresu bieżącego utrzymania mostów w co najmniej 2 asortymentach (Tom I, Rozdział 1, pkt 7.2.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia informacji o doświadczeniu Wykonawcy na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.5. Jednocześnie Zamawiający wymagał dołączenia dokumentów potwierdzających, że wymienione w informacji zadania/roboty zostały wykonane należycie (Tom I, Rozdział 1, pkt 8.2.6. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Wykonawca ZOMIX złożył na potwierdzenie spełniania warunku Formularz 3.5., w którym wykazał trzy usługi wykonane odpowiednio na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie oraz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie oraz dokumenty mające potwierdzać ich należyte wykonanie. W wyniku oceny oferty Wykonawcy ZOMIX Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca ten nie wykazał się doświadczeniem w wykonawstwie na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych usług z zakresu zimowego utrzymania dróg. Wobec powyższego, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia

stosownych dokumentów. Wykonawca ZOMIX dokonał uzupełnienia przekazując zmodyfikowany Formularz 3.5., w którym wykazał zadanie zrealizowane dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Do ww. Formularza Wykonawca dołączył Opinię referencyjną wystawioną w dniu 28 sierpnia 2008 r., w której Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie Rejon Nisko potwierdza, iż Wykonawca ZOMIX świadczył usługi w zakresie koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych. Zgodnie z treścią Opinii referencyjnej, w zakresie usług objętych zamówieniem Wykonawca ZOMIX zarządzał powierzonym sprzętem do zimowego utrzymania dróg, rejestrował i rozliczał czas pracy sprzętu, przekazywał meldunki o stanie dróg i prowadził niezbędne dokumenty obowiązujące w punkcie koordynacyjnym w Rejonie Nisko oraz pełnił dyżury w siedzibie Rejonu. Wystawiający referencje potwierdził również, że usługi koordynujące prace przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych „były wykonywane rzetelnie, terminowo i ściśle według planu operacyjnego ZUD”.

W ocenie Izby, użyte przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanie „z zakresu zimowego utrzymania dróg” oznacza, iż zadaniem wypełniającym wymagania Zamawiającego jest realizacja jakichkolwiek prac wchodzących w zakres działań mających na celu zimowe utrzymanie dróg. Powyższe wynika również z treści Zarządzenia Nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”. Zgodnie z pkt 1 Wytycznych „do zimowego utrzymania dróg zalicza się między innymi:

- działania organizacyjno – techniczne realizowane przez drogową służbę liniową lub przedsiębiorstwa wykonawcze,
- przygotowanie materiałów do usuwania śliskości (przez usuwanie rozumie się również zapobieganie),
- działania profilaktyczne, w tym osłonę dróg przed zawiewaniem, obsługę meteorologiczną itp.,
- usuwanie śniegu z dróg,
- usuwanie śliskości zimowej poprzez stosowanie topników do odladzania jezdni lub materiałów uszorstniających,
- prace porządkowe po sezonie zimowym”.

Niewątpliwie wymienione w złożonej przez Wykonawcę ZOMIX Opinii referencyjnej działania tj. zarządzanie sprzętem do zimowego utrzymania dróg, rejestrowanie i rozliczanie czasu pracy sprzętu, przekazywanie meldunków o stanie dróg, prowadzenie dokumentów obowiązujących w punkcie koordynacyjnym czy pełnienie dyżurów należy zaliczyć do usług

z zakresu zimowego utrzymania dróg. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W związku ze stwierdzeniem przez Izbę, że ocena przez Zamawiającego oferty Wykonawcy ZOMIX została dokonana prawidłowo, nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze fakt, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....