

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3.04.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUDOSTAL-5 Spółka Akcyjna, 31-587 Kraków, ul. Na Załączu 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** protestu z dnia 6 marca 2009 r.

przy udziale **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BUDOSTAL-5 Spółka Akcyjna, 31-587 Kraków, ul. Na Załączu 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUDOSTAL-5 Spółka Akcyjna, 31-587 Kraków, ul. Na Załączu 1;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUDOSTAL-5 Spółka Akcyjna, 31-587 Kraków, ul. Na Załączu 1;**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *naprawę i remont dróg zarządzanych przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie* (numer referencyjny 35/XI/2008). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 11 grudnia 2008r. 2008/S 241-320528.

Wobec czynności z dnia 27 lutego 2009 roku wyboru dla części nr 7 (obszar 9 – Dzielnice XVI, XVII Miasta Krakowa) oferty STRABAG Sp. z o.o., protest do zamawiającego wniósł w dniu 6 marca 2009 roku wykonawca Budostal – 5 Spółka Akcyjna. Zamawiający oddalił protest w dniu 16 marca 2009 roku, przekazując swoje stanowisko protestującemu faksem w tym samym dniu oraz pismem doręczonym wykonawcy w dniu 20 marca 2009 roku. W dniu 23 marca 2009 roku od rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując jego treść zamawiającemu w tym samym dniu.

W odwołaniu, wykonawca potrzymał zarzuty nie uwzględnione przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu:

- 1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku zaniechaniem odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz która została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z przetargu ze względu na brak wymaganego doświadczenia zawodowego,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nie potwierdzenia przez tego wykonawcę posiadania niezbędnego doświadczenia zawodowego,
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez bezprawne uzupełnienie złożonej przez wykonawcę oferty,

- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty STRABAG Sp. z o.o., wykluczenie tego wykonawcy i odrzucenie jego oferty oraz o dokonanie ponownej oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż wybrany wykonawca nie wykazał się żadnym doświadczeniem w zakresie wykonania remontów częściowych nawierzchni bitumicznych, a ponadto załączone referencje nie potwierdzają doświadczenia zawodowego w zakresie wykonywania wskazanych w siwz remontów bieżących nawierzchni bitumicznych. W ofercie STRABAG wskazano jedynie na remonty bez dookreślenia konkretnych rodzajów prac budowlanych jakie one obejmowały, co stanowi istotną nieprawidłowość dokumentacji przetargowej. Z treści definicji remontu częściowego nawierzchni, zamieszczonej w Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR nr 2-31) wynika, że są one szczególnymi rodzajami remontów, w realizacji których wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem. Ponadto, załączone do oferty referencje nie poświadczają wykonania remontów nawierzchni z kamienia naturalnego w wymaganej przez zamawiającego ilości 800,0 m². Z treści referencji wynika jedynie, że wykonawca przeprowadził nieokreślone bliżej prace dotyczące zjazdów w zakresie nawierzchni z kamienia naturalnego oraz kruszywa naturalnego. W wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego w odpowiedzi na pismo z dnia 23 lutego 2009 roku, wykonawca wskazał, że zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 79 Kraków-Chrzanów, na odcinku Zabierzów – Krzeszowice, w których jest mowa o przebudowie zjazdów indywidualnych – naw. z kruszywa sztucznego, jest tożsama z nawierzchnią z kamienia naturalnego. Wykonawca ten dodatkowo złożył referencje z dnia 31 stycznia 2009 roku dotyczące m.in. wykonania robót związanych z nawierzchnią z kamienia naturalnego, co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto, dokonanie uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę pomimo braku wezwania ze strony zamawiającego stanowi o naruszeniu dyspozycji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z której wyłączone są sytuacje, w których wykonawcy przedstawiają dokument prawidłowy pod względem formalnym, ale jego treść nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przedłożenie dodatkowych dokumentów stanowi przejaw nieuzasadnionego poprawiania oferty i niezgodnej z prawem zmiany treści złożonej oferty po upływie terminu wyznaczonego do złożenia ofert.

W związku z powyższym wykonawca STRABAG nie wykazał się wymaganym doświadczeniem zawodowym w zakresie remontów częściowych i bieżących nawierzchni bitumicznej, jak również w zakresie remontów nawierzchni z kamienia naturalnego i powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, iż w znacznej części prace polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu odnowy nawierzchni dróg krajowych polegały na przebudowie drogi, a nie na remoncie jej nawierzchni – wskazuje na to zapis w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dotyczący zamówienia związanego z odnową nawierzchni DK Nr 79, w którym w ust. 1.3.1 nie wyszczególniono jakichkolwiek remontów nawierzchni drogowych. Treść PFU wskazuje przy tym, że roboty dotyczące zjazdów indywidualnych, o których mowa jest w kwestionowanych referencjach, dotyczyły przebudowy tychże zjazdów. Odwołujący odwołał się do definicji remontu oraz przebudowy znajdujących się w art. 3 pkt 7a i 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane i wskazujących na różne ich znaczenie. Wykonawca powinien wykazać się odpowiednim doświadczeniem zawodowym w zakresie remontów nawierzchni, a nie jak w przedmiotowym postępowaniu w zakresie prowadzenia budowy lub przebudowy dróg.

W związku z wątpliwościami, co do spełniania niektórych warunków siwz, zamawiający był zobowiązany zweryfikować oświadczenia i dokumenty na podstawie innych powszechnie dostępnych informacji, takich jak opublikowane ogłoszenia o zamówieniach, w których wykonawca brał udział. Przedstawione przez wykonawcę referencje budzą poważne wątpliwości, które zdaniem odwołującego nie zostały usunięte w drodze wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów.

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 16 marca 2009 r. zamawiający wyjaśnił, iż na podstawie wezwania do wyjaśnienia treści oferty z dnia 23.02.2009 r. uzyskał wystarczające i jednoznaczne wyjaśnienia, natomiast załączona referencja nie była brana pod uwagę. Skoro zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentów nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Wykonawca wyjaśnił tożsamość wymagań siwz z robotami budowlanymi, które zrealizował. Z treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia nie musi wynikać nic więcej poza potwierdzeniem jego należytego wykonania. Natomiast szczegółowy zakres prac powinien wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy – sporządzonego przez niego wykazu.

Zarzuty protestującego odnoszą się do nazewnictwa tematu zadania, natomiast nie podważają kwalifikacji zawodowych wybranego w części 7 wykonawcy. Przedłożone w wybranej ofercie dokumenty potwierdzają, iż wykonawca posiada wymagane doświadczenie zawodowe poparte dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, a zatem nie podlega on wykluczeniu z postępowania.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 9 marca 2009 r. przystąpił wybrany wykonawca wskazując, iż załączone do oferty referencje dotyczące wykonania remontów nawierzchni z kamienia naturalnego wraz ze złożonymi wyjaśnieniami całkowicie

potwierdzają wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Całość prac związanych z „odnową nawierzchni drogi krajowej nr 79 Kraków-Chrzanów” w całości wykonana została w ramach remontu, a nie przebudowy w rozumieniu Prawa budowlanego. Dowodem na to jest choćby fakt, iż prace te wykonane zostały w całości na „zgłoszenie robót”, a nie „pozwolenie na budowę”, które wymagane jest w przypadku budowy lub przebudowy tego rodzaju obiektu.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części III pkt 1 a (po zmianie z dnia 22.01.2009r.) zamawiający określił wymagane doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych w ilości podanej odrębnie dla każdego z obszarów (części zamówienia). Dla części 7 – obszar 9 zamawiający wymagał wykonania:

- remontów cząstkowych i bieżących nawierzchni bitumicznych w ilości 45 000,0 m² w tym nawierzchnia SMA 8 000 m² (warstw wiążących i ścieralnych nie należy sumować),
- j.w. lecz tłuczniowych i/lub podbudów w ilości 25 000,0 m²,
- j.w. chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej betonowej w ilości 25 000,0 m²,
- utrwalenia powierzchniowego nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową w ilości 1 000,0 m²,
- nawierzchni z kamienia naturalnego w ilości 800,0 m².

W części 7 oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Budostal-5 S.A (13.981.739,98 zł. brutto) oraz Strabag Sp. z o.o. (13.223.349,18 zł. brutto).

Strabag Sp. z o.o. w załączniku nr 4, dotyczącym doświadczenia dla obszaru 9, wskazał na trzy roboty budowlane wykonane w okresie ostatnich pięciu lat, odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, potwierdzone referencjami:

1. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 94 granica województwa śląskiego – Kraków, odcinek Bolesław – Olkusz (80.000 m² – remont nawierzchni, 80 000 m² – remont podbudów, 1 000 m² – remont chodników z kostki brukowej i płytek betonowych, 5 000 m² – utrwalenie nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową, 100 m² – nawierzchnie z kamienia naturalnego);
2. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 73 Szczucin-Tarnów, odcinek w Dąbrowie Tarnowskiej od 108+500 do

km 110+300 i 112+600 do 112+960 (20.000 m² – remont nawierzchni, 20 000 m² – remont podbudów, 9 000 m² – remont chodników z kostki brukowej i płytek betonowych, 5 000 m² – utwardzenie nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową, 300 m² – nawierzchnie z kamienia naturalnego);

3. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 79 Kraków-Chrzanów, na odcinku Zabierzów-Krzeszowice (15.000 m² - remont chodników z kostki brukowej i płytek betonowych, 400 m² – nawierzchnie z kamienia naturalnego).

Zamawiający pismem z dnia 23.02.2009 r. zwrócił się do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących doświadczenia zawodowego dla obszaru 9, w zakresie potwierdzenia wykonania nawierzchni z kamienia naturalnego w ilości 800,0 m². W tabeli „Doświadczenie zawodowe” (strona 25 oferty) pkt 3 – zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 79 Kraków-Chrzanów, na odcinku Zabierzów-Krzeszowice, wykonawca wpisał 400 m² nawierzchni z kamienia naturalnego, natomiast referencje wystawione przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie (strona 28 oferty), pkt 11 wskazują przebudowę zjazdów indywidualnych – naw. z kruszywa naturalnego w ilości 400 m². Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 25.02.2009 r. poinformował, iż wskazana w referencji nawierzchnia z kruszywa naturalnego jest tożsama z nawierzchnią z kamienia naturalnego i dodatkowo przekazał referencje dotyczącą wykonania remontu nawierzchni z kamienia naturalnego w ciągu dróg krajowych nr A4, DK 94, DK 42 i DK 39.

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy, KIO nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec braku zgłoszenia dodatkowych dowodów na rozprawie, Izba dokonała rozstrzygnięcia sporu wyłącznie na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności oferty wybranego wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. oraz wyjaśnień z dnia 25 lutego 2009 roku.

W ocenie składu orzekającego Izby, wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego dla części 7 zamówienia (obszar 9) doświadczenia, dokumentami złożonymi wraz z ofertą. W szczególności należy zauważyć, iż ocenę spełniania warunku dotyczącego doświadczenia, należało dokonać łącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy o posiadanym doświadczeniu zawodowym (załącznik nr 4) oraz dokumentów mających potwierdzić należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie. Izba w pełni popiera stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, iż z treści referencji winno wynikać potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, natomiast nie

muszą one zawierać wyczerpującego postawiony warunek, opisu zakresu robót. Wynika to z okoliczności, iż w referencjach co do zasady nie opisuje się zakresu prac w sposób szczegółowy, wskazując jedynie na ich ogólny zarys. Wykonawca, zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie nie może mieć wpływu na ich kształt, a nawet jeżeli w jakimś zakresie jest to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach nie jest realne. Stąd wykonawcy w drodze własnego oświadczenia powinni tak opisać zakres świadczenia, aby zamawiający miał możliwość potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a sama referencja ma jedynie dowieść należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby załączony wykaz oraz referencje potwierdzają spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia. Użyta przy opisie warunku koniunkcja „i” w opisie remonty cząstkowe i bieżące, pozwalał na wykazania się przez wykonawców zarówno robotami bieżącymi, jak i cząstkowymi nawierzchni o rodzaju i powierzchni wymaganej przez zamawiającego. Wykonawca wykazał się doświadczeniem w remoncie nawierzchni w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Dotyczy to również wykonania remontu nawierzchni z kamienia naturalnego, dla którego zamiennie zastosowano w opisie referencji kruszywo naturalne.

Odwołujący nie przedstawił dowodu mogącego podważyć prawdziwość oświadczenia wykonawcy o wykonaniu remontu nawierzchni dróg krajowych.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, KIO nie stwierdziła podstaw do jego uwzględnienia. Zamawiający miał prawo zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie wątpliwości, jakie budziły u niego treść dokumentów, a okoliczność iż wykonawca załączył dodatkowo referencje dotyczące prac nie objętych wykazem pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu. Dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu wystarczającymi były dokumenty złożone pierwotnie w ofercie, a zatem dodatkowych dokumentów nie należy oceniać w kategorii treści oferty, gdyż zamawiający nie wzywał wykonawcy do ich przedłożenia. Ich złożenie nie może zatem wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania.

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.

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 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 **Krakowie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*