

Sygn. akt: KIO 821/13

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Firma Handlowo - Usługowa "WANTA" P..... Z....., ul. Milejowska 90, 34-240 Jordanów, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków,

przy udziale **wykonawcy** - Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe SKO-BUD J..... S....., ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Firma Handlowo - Usługowa "WANTA" P..... Z....., ul. Milejowska 90, 34-240 Jordanów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Firma Handlowo - Usługowa "WANTA" P..... Z....., ul. Milejowska 90, 34-240 Jordanów, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie [Zamawiający]. Przedmiotem zamówienia jest „Rozbudowa ul. Dominikanów i ul. Rezedowej w Krakowie”. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - F.H. U. Wanta P..... Z..... z Jordanowa w tym postępowaniu naruszony został art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a także § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej zwane Rozporządzeniem). Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Budowlano - Remontowe Sko-Bud, J..... S..... oraz dokonania ponownej czynności oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał w szczególności, że w celu wykazania spełnienia warunków uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu w dniu 26 marca 2013 r. został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do uzupełnienia wykazu robót budowlanych. Zdaniem wykonawcy, wymagane dokumenty zostały przesłane [pismo z dnia 27.03.2013 r.] wraz z informacją, że wskazana w ofercie robota budowlana, polegająca na remoncie ul. Bieżanowskiej w Krakowie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca ponadto stwierdził (...), że podczas wykonywania wskazanej roboty usuwane były kolizje z liczną infrastrukturą techniczną (...) i przedłożył na potwierdzenie tego faktu m. in. wykaz wykonanych robót oraz referencje. Dalej wykonawca podał, że w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie części III pkt. 1 b SIWZ, zgodnie, z którym o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, „którzy posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali budowę lub przebudowę lub remont, co najmniej jednej drogi (ulicy) wraz z przebudową kolidującej infrastruktury technicznej (sieci gazowej, teletechnicznej, elektroenergetycznej - linie SN, NN, oświetlenie uliczne, wodociąg) o wartości, co najmniej 2.000.000 zł”. Na potwierdzenie wykazania spełnienia opisanego warunku Zamawiający żądał, zgodnie z częścią IV pkt. 1 a i

h, złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków, wykazu wykonanych robót, oraz dowodów, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i należyte ukończone. Wykonawca wskazał, że robotą, spełniającą wymagania określone w specyfikacji, jest robota budowlana polegająca na wykonaniu inwestycji pn. „Remont ul. Bieżanowskiej w Krakowie” o wartości 2 901 390,51 zł brutto, a podmiotem na rzecz, którego była wykonywana wymieniona inwestycja był także Zamawiający, czyli Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie. Wykonawca stwierdził również, że w trakcie procedury przetargowej, wykonawcy składali zapytania do specyfikacji, dotyczące warunku wiedzy i doświadczenia. Z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego wynika, że wykonawcy składający pytania, sugerowali Zamawiającemu, że tak sformułowany warunek wiedzy i doświadczenia nie jest proporcjonalny do opisanego przedmiotu zamówienia i może ograniczyć konkurencję. Podał również, że pierwotne brzmienie warunku określonego w części III pkt. 1 lit. b) specyfikacji nie zawierało wyraźnego wskazania, że wymienione w tym punkcie roboty związane z wystąpieniem kolizji z infrastrukturą techniczną muszą obejmować wszystkie wymienione instalacje. Zwrócił również uwagę, że odnosząc się do zapytań Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem przebudowy kolizyjnych instalacji technicznych. Odwołujący wskazując również na nowe brzmienie przepisu § 1 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. w sprawie dokumentów (...) [3. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2.], podał, że w przypadku, gdy podmiotem, na rzecz którego wykonana została robota budowlana wymieniona w ofercie jest Zamawiający, wykonawca nie musi przedkładać dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót. W konkluzji wykonawca – powołując się na treść wezwania o uzupełnienie dokumentów oraz na złożone wyjaśnienia - stwierdził, że robota dotycząca remontu ul. Bieżanowskiej w Krakowie spełnia wymagania Zamawiającego łącznie z wykonaniem robót kolizyjnych przez niego wymaganych.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i w zakresie podnoszonego w odwołaniu zarzutu stwierdził, że zakres remontu ul. Bieżanowskiej w Krakowie, na który powołuje się wykonawca, nie obejmował realizacji oświetlenia ulicznego oraz przebudowy kolidującej infrastruktury.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe z Krakowa, wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu nie powinien być rozpoznawany przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak stwierdziła Izba, przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, których wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [wartość robót budowlanych ustalono na kwotę 2.471.985,21 zł, co stanowi równowartość 614.982,89 euro]. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba ma także obowiązek stwierdzić, czy dany zarzut został wniesiony w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp oraz, czy wobec treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp – może być skutecznie podnoszony.

W odwołaniu wykonawca zakwestionował czynność wykluczenia z postępowania, wskazując na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał również na naruszenie § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Uwzględniając powołany art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, drugi z zarzutów, dotyczący naruszenia § 1 ust.3 rozporządzenia Izba pozostawiła bez rozpoznania, albowiem zarzut ten dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a taki zarzut w niniejszej sprawie – wobec treści Ogłoszenia i treści specyfikacji – należało wnieść w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub siwz na stronie internetowej zamawiającego. Dla potwierdzenia spornego warunku z pkt III.2 Ogłoszenia z dnia 8 marca 2013 r., Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu robót budowlanych w zakresie opisanym w warunku oraz dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki

budowlanej i prawidłowo ukończone [pkt III.4.1 tiret 1]. Zamawiający, co prawda w pkt III. 6 Ogłoszenia wymienił powołane rozporządzenie, jednakże punkt ten oznaczony jako „Inne dokumenty niewymienione w pkt III.4 albo w pkt III.5” nie zmienił wymagania, w odniesieniu do robót wykonywanych na rzecz tego Zamawiającego i tym samym na obecnym etapie żądany dokument – z uwagi na upływ terminu do wniesienia odwołania – nie może być przez wykonawcę skutecznie kwestionowany w odwołaniu.

Rozpoznając zatem wyłącznie zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim stwierdziła, że w zakresie warunku z pkt III.2 Ogłoszenia [część III.1lit. b) specyfikacji] Zamawiający wymagał, w spornym zakresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, lub na przebudowie lub remoncie drogi (ulicy) wraz z przebudową kolidującej infrastruktury technicznej (sieci gazowej, teletechnicznej, elektroenergetycznej - linie SN, NN, oświetlenie uliczne, wodociąg). Taka robota miała być wykonana w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Zatem ten warunek dotyczył potwierdzenia wykonania robót budowlanych i dla ustalenia użytych w nim pojęć niewątpliwie należało posłużyć się przepisami prawa budowlanego tj. art. 3 ustawy Prawo budowlane, definiującego m.in. w pkt 7a pojęcie przebudowy. W rozumieniu wskazanego przepisu przebudowa jest formą robót budowlanych, w wyniku której następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, a w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Wykazana inwestycja związana z remontem ul. Bieżanowskiej w Krakowie nie spełnia wymagań z pkt III.2 Ogłoszenia w zakresie podnoszonym w odwołaniu. Izba przede wszystkim podzieliła pogląd Zamawiającego zawarty w piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r. [Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty], że Odwołujący nie wykazał wykonania w ramach tej inwestycji robót związanych z realizacją oświetlenia ulicznego oraz przebudową kolidującej infrastruktury technicznej. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że w umowie nr 360 ZIKIT/2012 z dnia 11 czerwca 2012 r. na remont ul. Bieżanowskiej w Krakowie zakres zadania obejmował: roboty drogowe, kanał opadowy oraz zieleń [załącznik 1] a jego zakres szczegółowy został określony w załączniku nr 2 – Kosztorysy ofertowe, odnoszący się również wyłącznie do robót drogowych, kanału opadowego i zieleni. Dokumenty przedłożone w toku rozprawy dotyczą usuwania kolizji, w tym przez służby zarządzające sieciami. W oświadczeniu z dnia 9 kwietnia 2013 r., kierownik budowy informuje również tylko o usuwanych kolizjach, a stwierdzając, że te roboty wykonywały firmy uprawnione jako podwykonawcy nie wskazuje, na rzecz jakiego podmiotu te prace zostały wykonane. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że wykonawcą remontu ul. Bieżanowskiej w Krakowie - zgodnie

umową nr 360 ZIKIT/2012 z dnia 11 czerwca 2012 r. – było Konsorcjum – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Firma Handlowo-Usługowa WANTA P..... Z..... [lider] oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. z Krakowa, a pełnomocnikiem ustanowiony został P..... Z....., podczas gdy w przedkładanych dokumentach wymieniony został tylko wykonawca wnoszący odwołanie F.H.U WANTA. Izba zwraca również uwagę, że zgodnie z § 3 tej umowy stanowiącym o odbiorach robót m.in. w pkt 6 wymagane było wskazanie - zarówno przy odbiorach końcowych jak i częściowych - prac zleconych do wykonania podwykonawcom. Takiej informacji nie zawiera zarówno przedłożony przez Odwołującego protokół z dnia 12 grudnia 2012 r. jak również przedkładane przez Zamawiającego protokoły odbioru z dnia 27 marca 2013 r. W odniesieniu do pierwszego z protokołów [z dnia 12 grudnia 2012 r.], Izba stwierdza, że przedłożony protokół [wystawiony de facto przez inspektora nadzoru, nie został bowiem podpisany przez przewodniczącego komisji wymienionego w jego treści] nie zawiera okresu realizacji robót. Ponadto zestawienie zakresu rzeczowo – finansowego, stanowiące załącznik do tego protokołu, dotyczy robót wykonanych w grudniu 2012 r. na kwotę 64.702,86 zł i zdaniem Izby zawarta w pkt 4 protokołu z dnia 12 grudnia 2012 r. adnotacja o należytych wykonaniu robót może odnosić się tylko do takiego zakresu. Tym samym ten dokument nie może być uznany za potwierdzający prawidłowe wykonanie robót objętych umową nr 360 ZIKIT/2012 - zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Izba zwraca również uwagę, że protokoły końcowe z dnia 27.03.2013 r., przedłożone przez Zamawiającego, obejmują m.in. okresy realizacji robót od dnia 23.07. 2012 r. Tym samym trudno je uznać za protokoły końcowe dotyczące prac na roboty uzupełniające. Mając na uwadze te protokoły, Izba stwierdza również, że wymieniona pod poz. nr 2 Wykazu robota budowlana nie potwierdza wymaganego 5. letniego okresu dla jej wykonania, albowiem wskazano w nich terminy zakończenia na dzień 27 marca 2013 r., podczas gdy termin składania ofert upływał w dniu 25 marca 2013 r.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....