

Sygn. akt KIO 1805/10

WYROK
z dnia 7 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „CECHINI” Stanisław Cechini i Józef Cechini Sp. J. (lider) oraz Buchacher Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum na ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Miasto i Gmina Uzdrowska Muszyna, ul. Rynek 31, 33 - 370 Muszyna**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto i Gminę Uzdrowską Muszyna, ul. Rynek 31, 33 - 370 Muszyna i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „CECHINI” Stanisław Cechini i Józef Cechini Sp. J. (lider) oraz Buchacher Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum na ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **Miasto i Gmina Uzdrowskowa Muszyna, ul. Rynek 31, 33 - 370 Muszyna** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „CECHINI” Stanisław Cechini i Józef Cechini Sp. J. (lider) oraz Buchacher Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum na ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1805/10)

Zamawiający, Miasto i Gmina Uzdrowskowa Muszyna, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kładki na potoku Muszynka - przedłużenie ulicy 21 Stycznia w ramach projektu Budowa Miejskiego Parku Zdrojowego „Baszta” i odbudowa obiektów komunalnej infrastruktury technicznej zniszczonej w wyniku powodzi w czerwcu 2010 roku”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 19.08.2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „CECHINI” Stanisław Cechini i Józef Cechini Sp. J. oraz Buchacher Sp. z o.o. (zwanych dalej Konsorcjum) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W uzasadnieniu wykluczenia Konsorcjum podniesiono, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu – zarówno poprzez dokumenty złożone pierwotnie wraz z ofertą, jak też uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego – wymagającego wykonania roboty porównywalnej pod względem złożoności i wartości z niniejszym zamówieniem, polegającej na budowie obiektów mostowych, o konstrukcji dźwigarów wykonanych z drewna klejonego.

Oceniając poszczególne dokumenty odnoszącego się do powyższego przedłożone przez wykonawcę zamawiający, m.in. stwierdził:

1. Protokół częściowego odbioru robót z dnia 21.07.2010 r. nie potwierdza, że roboty tam wskazane zostały zakończone, ale jedynie, że wykonano jeden z elementów zamówienia. Dokument ten potwierdza, że prace te są dopiero w realizacji.
2. Protokół końcowy odbioru robót z dnia 24 czerwca 2010 r. dotyczy odbioru „dostawy i montażu konstrukcji z drewna klejonego kładki w Bogumiłowicach”, a więc nie odpowiada sformułowaniu warunku udziału w postępowania gdzie wymagano wykazania się budową obiektu mostowego, a nie li tylko dostawą i

montażem jego części. Na obiekt mostowy składa się nie tylko konstrukcja kładki, ale również budowa fundamentów, dojść, balustrad... etc.)

3. List referencyjny wystawiony przez PHU Mark Sp. z o.o. potwierdza jedynie wykonanie dostawy kładki, a nie całego obiektu mostowego, którego sama konstrukcja drewniana jest jedynie częścią.
4. Referencje wystawione przez Urząd Gminy Wierzchosławice z dnia 09.08.2010 r. potwierdza jedynie częściowe wykonanie robót odebranych protokołem częściowym – dopiero protokół końcowy odbioru robót może potwierdzić należyte wykonanie robót.

W dniu 23.08.2010 r. Konsorcjum wniosło odwołanie wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz kwestionując prawidłowość wykluczenia odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, m.in.:

W ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia z dnia 04.08.2010 r., zamawiający żądał przedstawienia przez wykonawcę wykazu robót budowlanych, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty porównywalne pod względem złożoności i wartości z niniejszym zamówieniem polegające na budowie obiektów mostowych, o konstrukcji dźwigarów wykonanych z drewna klejonego, z podaniem ich rodzaju i wartości, dat i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący przedłożył stosowne dokumenty dotyczące wykonanej kładki o konstrukcji dźwigarów wykonanych z drewna klejonego w miejscowości Bogumiłowice, Gmina Wierzchosławice. Z dokumentów tych jasno wynika, że zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Trudno zaprzeczyć, że wykonana kładka w Bogumiłowicach o dł. 20,0 mb nie jest obiektem mostowym posiadającym m.in. fundamenty, dojścia, dojazdy, konstrukcje nośną z dźwigarów z drewna klejonego, balustrady, pokład, przyczółki (na dowód czego przedstawiono zdjęcia kładki w Bogumiłowicach).

W opinii odwołującego, zamawiający bezzasadnie kwestionuje dokumenty mówiące o wykonanej kładce twierdząc, że nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia adekwatnych do przedmiotu zamówienia. W szczególności błędne jest twierdzenie, że kładka jest nie zakończona na co wskazuje protokół częściowego odbioru z

dnia 21 lipca 2010 r. Tymczasem jak wynika z dokumentów (m.in. pozytywne referencje z Urzędu Gminy Wierzchosławice mówiące, że roboty zostały odebrane i zostały wykonane w sposób właściwy, zgodnie z umową) kładka ta stanowi element zadania inwestycyjnego pn. „Urządzenie terenów zielonych - park przeznaczony na rekreację i wypoczynek wraz z zagospodarowaniem zbiornika wodnego w Bogumiłowicach”. I kładka jest już zakończona, natomiast w trakcie realizacji pozostaje urządzenie terenów na park.

W ocenie odwołującego również pozostałe dokumenty zamawiający kwestionuje stosując swoistą interpretację, aby udowodnić swoją tezę, że praktycznie kładki brak, a kładka, wykonana w Bogumiłowicach jest inna od zamawianej i nie można ich porównywać pod względem złożoności i wartości z jego przedmiotem zamówienia.

Jednakże „roboty porównywalne” nie są równoznaczne z identycznymi robotami, bez żadnych różnic. Stopień złożoności technicznej wykonanej kładki w Bogumiłowicach jest porównywalny z kładką będącą przedmiotem zamówienia, a jej mniejsza wartość pozostaje bez znaczenia - zamawiający nie określił granicy wg. której obiekt będzie porównywalny.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt III.2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia warunku wykonania roboty porównywalnej pod względem złożoności i wartości z jego zamówieniem, polegającej na budowie obiektów mostowych, o konstrukcji dźwigarów wykonanych z drewna klejonego.

Do oferty Konsorcjum załączono:

- Wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazano wykonaną przez Buchacher Sp. z o.o. „Dostawę i montaż kompletnej konstrukcji z drewna klejonego warstwowo: kładki dla pieszych w miejscowości Bogumiłowice” Jako zamawiającego wskazano PHU Mark Sp. z o.o. - karta 32 oferty.
- List referencyjny wystawiony przez Mark Sp. z o.o. dla Buchacher Sp. z o.o. potwierdzający prawidłowe wykonanie ww. dostawy i montażu kładki z wyspecyfikowaniem ich dokładnego zakresu (wykonanie projektu konstrukcji nośnej, dostawa elementów z drewna klejonego, dostawa łączników stalowych ocynkowanych, montaż konstrukcji; długość konstrukcji z drewna klejonego – 20 m) – karta 33 oferty

- Protokół częściowego odbioru robót z dnia 21.07.2010 r. – Kładka dla pieszych, całość. Odbierający – Urząd Gminy Wierzchosławice, wykonawca – Mark Sp. z o.o. - karta 32 oferty.
- Protokół odbioru robót – końcowy z dnia 24.06.2010 r – przedmiot: dostawa i montaż konstrukcji z drewna klejonego kładki w Bogumiłowicach. Odbierający Urząd Gminy w Wierzchosławicach, wykonawca – Buchacher Sp. z o.o. - karta 35 oferty.
- Oświadczenie Mark Sp. z o.o., iż stosownie do treści art. 26 ust. 2b Pzp zobowiązuje się do udostępnienia Buchacher Sp. z o.o. zasobów wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz dysponowania nimi na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. przedmiotu zamówienia - karta 36 oferty.

Pismem z dnia 12.08.2010 r. zamawiający wezwał do uzupełnienia/wyjaśnienia ww. dokumentów, wskazując, iż nie potwierdzają one spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zawartego w siwz.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 13.08.2010 r. Konsorcjum przekazało Wykaz wykonanych robót, w którym wskazano wykonanie „Urządzenia terenów zielonych – park przeznaczony na rekreację i wypoczynek wraz z zagospodarowaniem zbiornika wodnego w Bogumiłowicach – w tym wykonanie dostawa i montaż kładki z drewna klejonego. Jako daty wykonania ww. robót wskazano: dla całej inwestycji: 08.03.2010 – nadal, a dla kładki – od 08.03.2010 do 12.07.2010. Jako zamawiającego wskazano Urząd Gminy w Wierzchosławicach.

Przedłożono również referencje z 09.08.2010 wystawione przez UG w Wierzchosławicach dla Mark Sp. z o.o., gdzie wskazano, iż w ramach inwestycji urządzania terenów wykonane zostały roboty obejmujące wykonanie drewnianej kładki dla pieszych wraz z robotami towarzyszącymi. Zgodnie z protokołem odbioru częściowego z 21.07.2010 r zakres tych prac został odebrany. Potwierdzono również ich należyte i zgodne z umową wykonanie przez Mark Sp. z o.o. oraz przez jego podwykonawcę, Buchacher Sp. z o.o.

Ponadto w ramach uzupełnienia powtórzono pozostałe dokumenty przedłożone wraz z ofertą, a dotyczące ww. prac.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Następnie, zgodnie z adekwatnymi przepisami ustawy (art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 1), a także § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożenia wykazu dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Stanowiący podstawę wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem w świetle sformułowania adekwatnego warunku udziału w postępowaniu (opisanego w niniejszym uzasadnieniu w części poświęconej ustaleniom Izby) oraz po zbadaniu treści dokumentów potwierdzających jego spełnienie, żądanych przez zamawiającego, a przedłożonych przez wykonawcę, zastosowanie wyżej wymienionego przepisu i wykluczenie wykonawcy na jego podstawie należało uznać za nieuprawnione.

W pierwszej kolejności oceniono stanowisko zamawiającego jakoby przedstawiona przez Konsorcjum w ramach potwierdzenia spełniania warunku realizacja obiektu mostowego nie odpowiadała wymaganiom zamawiającego co do jej porównywalności pod względem złożoności i wartości do jego zamówienia.

Odnosnie powyższego Izba uznała, iż jedynymi konkretnymi i możliwymi do egzekwowania od wykonawców warunkami odnoszącymi się do ich doświadczenia postawionymi w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia była budowa: po pierwsze obiektu mostowego, po drugie obiekt ten miał posiadać konstrukcję dźwigarów z drewna klejonego. Jakiegokolwiek innego uszczegółowienia i dodatkowej charakterystyki dopuszczanego obiektu budowlanego w opisie warunku nie zawarto. W szczególności za postanowienia posiadające jakiegokolwiek znaczenie normatywne w kontekście interpretacji i stosowania zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, nie uznano wymagania porównywalności robót pod względem złożoności i wartości z zamawianym obiektem. Użycie tego typu odesłań i wyrażenń nieostrych w opisie warunków udziału w postępowaniu, a następnie usiłowanie wyznaczenia granic ich zastosowania (delimitacji znaczeniowej) dopiero na etapie oceny ofert i

kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu należy uznać za niedopuszczalne w świetle zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy, tj. przekreślające równą konkurencję i w rezultacie prowadzące do nierównego traktowania wykonawców. W przypadku nie określenia w ogłoszeniu i specyfikacji w ramach warunków udziału w postępowaniu punktów granicznych czy precyzyjnych kryteriów porównywalności, czy braku wprost wskazania charakteru robót (jakie zamawiający roboty dopuszcza: technologicznie, materiałowo, zakresowo...etc.) lub nie podania ich minimalnej wartości, jakiegokolwiek oceny i wymagania zamawiającego w tym przedmiocie mogą podlegać logicznej redukcji *ad absurdum*. Np. w jaki sposób na tym etapie postępowania o zamówienie rozstrzygnąć i uzasadnić, że 50,1% wartości wykonanego zamówienia w stosunku do zamawianego jest rzędem porównywalnym, natomiast 49,9% już porównywalne nie jest. Analogicznie w przypadku wymagania nieopisanej i niedookreślonej porównywalności charakteru robót, wymagania tego typu można sprowadzić bądź jedynie do podstawowej zgodności co do przedmiotu (ich nawet odległego rodzajowego podobieństwa) albo do absolutnej tożsamości wykonanych obiektów, robót, użytych materiałów... etc.. (co zdaje się czynić zamawiający w niniejszym postępowaniu) z przedmiotem danego zamówienia. Na marginesie można wskazać, iż w takim przypadku pełna weryfikacja tak rozumianego warunku w istocie wymagałaby sprawdzenia dokładnych projektów i specyfikacji wykonywanych robót w celu stwierdzenia, iż charakteryzują się dokładną „porównywalnością” do zamawianych.

W związku z powyższym, Izba potwierdza, iż wskazana przez odwołującego w ramach uzupełnienia dokumentów realizacja odpowiada postawionym przez zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu, czyli dotyczy obiektu mostowego o konstrukcji dźwigarów z drewna klejonego, co wystarczająco wykazane zostało w ramach uzupełnienia z dnia 13.08.2010 r.

Odnosnie powyższego wskazać należy, iż to nie spółka Buchacher samodzielnie wykazała się odpowiednim doświadczeniem – prawidłowe jest w tym zakresie stanowisko zamawiającego, iż niewystarczające dla uznania wybudowania obiektu mostowego jest jedynie wykonanie jego części, tu: dostawy i montażu konstrukcji drewnianej kładki. Jednakże wymaganym doświadczeniem legitymuje się PHU Mark Sp. z o.o., która była głównym wykonawcą całości robót w Bogusławowicach i jako taka może wykazywać się doświadczeniem w budowie całego obiektu. Dodać należy, iż ostatecznym potwierdzeniem ww. okoliczności oraz faktu należytego wykonania robót jest recenzja wystawiona przez UG Wierzchosławice z dnia 09.08.2010 r., gdzie wprost wskazano, iż ww. kładka wraz z robotami towarzyszącymi została wykonana prawidłowo oraz odebrana przez zamawiającego. Równie wiarygodne i nie budzące wątpliwości pozostają protokoły odbiorów załączone do oferty, z których jednoznacznie wynika, iż zamawiający odebrał najpierw od podwykonawcy przypadającą mu część robót, którą podwykonawca zakończył (protokół odbioru z 27.06.2010 r.), a następnie całość robót związanych z kładką od głównego wykonawcy (protokół z dnia 21.07.2010 r.). Zrozumiałe i dopuszczalne jest określenie przez UG Wierzchosławice odbioru kładki (w całości) jako odbiór częściowy, gdy roboty związane z jej wykonaniem są w rzeczywistości częścią większego zadania inwestycyjnego (informacje o powyższym zawarte są w referencjach z dnia 13.08.2010 r.).

Odnośnie skuteczności udostępnienia swojego doświadczenia przez Mark Sp. z o.o. spółce Buchacher, wskazać należy, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Za dowód tego typu, w świetle brzmienia ww. przepisu, w szczególności należy uznać pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów (np. doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – przykładowe wskazanie tego typu środka dowodowego jednoznacznie przesądza, iż jest to dowód dopuszczalny i uznawany przez ustawę za wystarczający. Tym samym oświadczenie zawarte na karcie 36 oferty, w którym Mark Sp. z o.o., zgodnie z brzmieniem przepisu zobowiązuje się do oddania zasobów wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz dysponowania nimi na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego przedmiotu zamówienia spółce Buchacher, należy uznać za dowód literalnie wskazany w ustawie. Obowiązujące w tym zakresie przepisy nie dają zamawiającemu jakichkolwiek uprawnień do egzekwowania i sprawdzania sposobu, charakteru czy zakresu rzeczywistego, przyszłego wykorzystania przez wykonawcę udostępnionych mu zasobów w trakcie realizacji zamówienia.

Tym samym, w związku z udostępnieniem w sposób przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy przez PHU Mark Sp. z o.o. jednemu z członków Konsorcjum zasobu własnego doświadczenia (ww. oświadczenie załączone do oferty) uznać należy, iż Konsorcjum w sposób zgodny z ustawą wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu postawionych w tym zakresie przez zamawiającego.

Reasumując, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – pomimo braku formalnego wskazania w odwołaniu naruszenia tego przepisu, z treści odwołania wynika wyraźnie, iż właśnie jego zastosowanie i prawidłowość wykluczenia wykonawcy w oparciu o tą podstawę prawną była kwestionowana.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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).

.....