

Sygn. akt KIO 1004/18

WYROK
z dnia 5 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o. o. w Węgrowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Sterdyń w Sterdyni-Osadzie

przy udziale wykonawcy A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.W. Wikrusz A. W. w Miedznej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o. o. w Węgrowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o. o. w Węgrowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Siedlcach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1004/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Sterdyń – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa drogi gminnej na dz, ewidencyjnej nr 786 w miejscowości Dąbrówka od drogi krajowej nr 63 od km 0+000 do km 0+995 o łącznej długości 0,995 km. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 kwietnia 2018 r. pod pozycją 546591. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o. o. w Węgrowie wniósł odwołanie 21 maja 2018 r. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego niezastosowanie, podczas gdy z dokumentów złożonych w aktach postępowania wynika, iż wykonawca - A. W. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) tj. nie wykazał, iż jest w stanie wykonać nawierzchnię bitumiczną i dysponuje lub będzie dysponował wytwórnią mas bitumicznych lub, że w ogóle będzie miał możliwość uzyskania tego typu tworzywa niezbędnego do wykonania zamówienia, jak również, że Kierownik robót, przy udziale którego wykonywał będzie zamówienie posiada stosowne kompetencje potwierdzone stosownymi referencjami innymi niż wystawione przez firmę, w której Kierownik ten jest zatrudniony i dotyczącymi robót, które w istocie zostały wykonane, a mimo to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego niezastosowanie, podczas gdy z dokumentów złożonych w sprawie wynika, iż wykonawca - A. W. w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a mianowicie oświadczając zarówno w złożonej przez siebie ofercie jak i w następstwie uzupełnienia dokumentów na żądanie zamawiającego, że posiada zaplecze techniczne niezbędne do wykonania zamówienia, w tym możliwość uzyskania masy bitumicznej, co jest

niezgodne z prawdą, bowiem nie posiada takiej możliwości, nie posiada wytwórni masy bitumicznej i nie ma doświadczenia w wykonywaniu dróg z tego materiału, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;

3. art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy - A. W. do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia ich treści, w kwestii doświadczenia Kierownika robót budowlanych, mimo iż zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do ich treści;
4. art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty wykonawcy - A. W. w zakresie dotyczącym przedstawienia referencji Kierownika budowy; alternatywnie:
5. art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy - A. W. do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia ich treści w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia i zdolności technicznych do wykonania zamówienia;
6. art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez ich niezastosowanie, pomimo, iż z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika, iż wykonawca - A. W. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia, co powinno skutkować jego wykluczeniem i odrzuceniem oferty, a w konsekwencji brakiem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
7. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w szczególności w traktowaniu w sposób uprzywilejowany wykonawcy A. W. i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferta przez niego złożona spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy - A. W., odrzucenia oferty wykonawcy - A. W., ponieważ wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy - A. W. i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Wnosił również o dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści pisma i obciążenie kosztami postępowania zamawiającego.

Wykonawca A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.W. Wikrusz A. W. w Miedznej przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 4 czerwca 2018 r. wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. a) SIWZ wymagał wykazania przez wykonawcę wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie dróg, każda o wartości nie mniejszej niż 200.000 PLN brutto. Na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający wymagał złożenia wykazu robót budowlanych, którego wzór stanowił Załącznik Nr 4 do SIWZ. Zamawiający wymagał podania w nim opisu wykonanych robót budowlanych, całkowitej wartości brutto robót, za które odpowiadał wykonawca, podmiotu, na rzecz którego roboty te były wykonane oraz terminu realizacji (daty rozpoczęcia i zakończenia robót).

W odpowiedzi przystępujący złożył wykaz prezentujący dwie roboty budowlane wykonane na rzecz zamawiającego, których okres realizacji i wartość nie są kwestionowane przez odwołującego.

Zamawiający w Rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b) SIWZ wymagał wykazania przez wykonawcę dysponowania przynajmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót budowlanych przy realizacji przedmiotu zamówienia, posiadającej uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.), zrzeszoną zgodnie z przepisami ustaw z dnia 15 grudnia 2000 r. we właściwym samorządzie zawodowym architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz.U. z 2016 r. poz. 1725), posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe i nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót drogowych na co najmniej dwóch kontraktach polegających na budowie lub przebudowie dróg, o łącznej wartości nie mniejszej niż 500.000 PLN brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy). Zamawiający żądał złożenia wykazu osób, którego wzór stanowił Załącznik Nr 5 do SIWZ. Zamawiający wymagał podania w nim opisu wykonanych robót budowlanych, całkowitej wartości brutto robót, za które odpowiadał wykonawca, podmiotu, na rzecz którego roboty te były wykonane oraz terminu realizacji (daty rozpoczęcia i zakończenia robót). W treści Załącznik Nr 5 do SIWZ zamawiający żądał dołączenia do wykazu dowodów potwierdzających posiadanie

przez wskazaną osobę wymaganego doświadczenia. Zastrzegł, aby dowodami były „referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego były wykonywane”.

W odpowiedzi przystępujący złożył wykaz osób, w którym jako kierownika budowy wskazał Pana J. K., który wymagane doświadczenie uzyskał pełniąc funkcję kierownika budowy pn. „Przebudowa drogi gminnej 3900912W Chądryń - Kolonia - Seroczyn od km 0+660 do km 2+035 o łącznej długości 1,375km”. Jest to inwestycja wskazana w wykazie wykonanych robót. Kompetencje Pana K. potwierdzają dwie referencje: wystawiona przez przystępującego jako wykonawcy i wystawiona przez zamawiającego jako inwestora. Drugie wskazane zadanie o wartości 534. 507,63 zł brutto to „Przebudowa ulicy Wiejskiej w miejscowości Borzychy” wykonane dla inwestora Gminy Liw. Dokumentem potwierdzającym kompetencje Pana K. jest referencja wystawiona przez wykonawcę robót Panią K. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą DOMINO K. G. w Węgrowie. Czas pełnienia funkcji oraz wartość robót budowlanych nie są kwestionowane przez odwołującego.

Powołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodów z powołanych dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Tytułem uwag wstępnych należy wskazać, że postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ będących podstawowymi dokumentami w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców ubiegających się o zamówienie. Wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości wymagają respektowania przez zamawiającego ustalonych przez siebie wymagań. Podstawowym rodzajem wykładni postanowień SIWZ jest zatem wykładnia literalna, która nakazuje interpretację wymagań zamawiającego, w taki sposób, jak zostały one zapisane w SIWZ, bez uzupełniania, rozszerzania lub ograniczenia ich treści. Potwierdza to art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Granice badania, czy dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, wytyczają zatem określenia użyte przez zamawiającego.

Izba zważyła, że oba zarzuty odwołania opierają się na dokonanej przez odwołującego niedopuszczalnej rozszerzającej wykładni postanowień SIWZ. Spełnienie przez przystępującego wymagań wyrażonych w treści warunku udziału w postępowaniu w

odniesieniu do wykonanych robót budowlanych, jak i do kierownika budowy – wartości robót budowlanych oraz terminu ich wykonania - nie jest objęte zarzutem odwołania.

Powodem, dla którego odwołujący kwestionuje realizację wykonane na rzecz zamawiającego jest to, że pierwsza z nich wykonana została przy zastosowaniu nawierzchni z betonu cementowego, druga przy zastosowaniu nawierzchni z kruszywa niezwiązanego - żwiru. Zdaniem odwołującego, skoro zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia nawierzchnia drogi ma być wykonana w technologii dwuwarstwowej, warstwy wiążącej z mieszanek mineralno-asfaltowych oraz warstwy ścieralnej również z mieszanek mineralno-asfaltowych, doświadczeniem w wykonaniu takich dróg powinien wykazać się wykonawca ubiegający się o zamówienie.

Wymaganie dotyczące sposobu wykonania nawierzchni drogi nie zostało zapisane w SIWZ przez zamawiającego. Zamawiający nie stawiając żadnych wymagań co do cech robót referencyjnych, technologii ich wykonania, a jedynie żądając wskazania robót budowlanych o określonej wartości, otworzył postępowanie na konkurencję i dał możliwość uczestniczenia w nim wykonawcom, którzy nie wykonywali drogi o nawierzchni w technologii dwuwarstwowej. Tymczasem stanowisko odwołującego sprowadza się do tego, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne jest wykonanie robót budowlanych o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia. Wymaganie robót tożsamych z przedmiotem zamówienia ogranicza konkurencję i jest negatywnie oceniane w orzecznictwie (*vide* przykładowo: wyroki Izby w sprawach: KIO 2448/13, KIO 2516/13, KIO 8/17, KIO 371/17).

Izba zważyła ponadto, że zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby wykonawca posiadał wytwórnię masy bitumicznej albo wykazał, że będzie miał dostęp do takiej wytwórni. Zarzut odwołania w tym zakresie jest zatem całkowicie chybiony.

W związku z tym Izba uznała, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. a) SIWZ.

Nietrafne okazały się również zarzuty dotyczące dysponowania przez przystępującego osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy.

W odniesieniu do inwestycji realizowanej na rzecz zamawiającego, gdzie Pan K. pełnił funkcję kierownika budowy, aktualna jest wcześniejsza ocena, że dla wykazania spełnienia wymagania zamawiającego wystarczająca jest budowa lub przebudowa drogi o wymaganej wartości i w określonym okresie czasu, nie zaś to, aby w trakcie prac była wykonana nawierzchni w technologii dwuwarstwowej.

Natomiast co do roboty budowlanej wykonanej na rzecz gminy Liw, na której również Pan K. pełnił funkcję kierownika budowy, Izba zważyła, że ze sformułowania użytego przez zamawiającego w Załączniku Nr 5, „aby dowodami były referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego były wykonywane...” nie należy wywodzić, że

obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie oświadczenia podmiotu, na rzecz którego były wykonywane roboty budowlane. Zamawiający nie wskazał, że oczekuje referencji lub innych dokumentów wystawionych przez inwestora, zatem kompetencje osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy mogą zostać potwierdzone dokumentem wystawionym albo przez inwestora, albo przez wykonawcę. Wykładnia logiczna wymagania zamawiającego skłania do twierdzenia, że wystarczającym dokumentem jest oświadczenie wykonawcy robót budowlanych. Kierownik budowy wykonuje swoje czynności na rzecz wykonawcy, nie wiąże go żadna więź prawna z zamawiającym, zatem to wykonawca jest w stanie wyrazić ocenę co do wykonania obowiązków kierownika budowy przez daną osobę.

W konsekwencji Izba zważyła, że skoro przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp. Nie istnieją również podstawy do zastosowania względem przystępującego wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści złożonych dokumentów stosownie do art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, ani tym bardziej wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Nie uwzględniono kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, pomimo złożenia faktury. Przepis § 3 pkt 2 lit. b 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 2018 r. poz. 972) pozwala na zasądzenie kosztów przystępującego jedynie w sytuacji, gdy wniesienie on sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. W okolicznościach sporu zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, nie zaistniały zatem warunki do zgłoszenia sprzeciwu, a w konsekwencji również do zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika poniesionych przez przystępującego.

Przewodniczący: