

Sygn. akt: KIO/UZP 532/08

WYROK

z dnia 16 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Ziajka” **Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o., 51-503 Wrocław, ul. Chałupnicza 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5** protestu z dnia 20 maja 2008 r.,

przy udziale **Przedsiębiorstwa Inżynierskich Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., 30-363 Kraków, ul. Ryglówka 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1 Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża „Ziajka” Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o., 51-503 Wrocław, ul. Chałupnicza 21 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „Ziajka” **Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o., 51-503 Wrocław, ul. Chałupnicza 21,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„Ziajka” Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o., 51-503 Wrocław, ul. Chałupnicza 21.**

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

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na przebudowę torowiska tramwajowego w ul. Gliwickiej w Katowicach odcinek od ul. Janasa do ul. Brackiej – roboty torowe II etap, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1, poz. 75183), w dniu 20 maja 2008 r. został wniesiony protest a następnie odwołanie przez Ziajka Sp. z o.o. z Wrocławia.

Protest był następstwem powiadomienia pismem z dnia 14 maja 2008 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jako nie spełniającego warunków udziału w zakresie doświadczenia zawodowego w budowie torowisk w technologii tzw. „szyny pływającej” oraz o odrzuceniu złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Tramwaje Śląskie S.A. z Chorzowa naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 art. 38 ust. 1 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1, art. Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655) przez:

1. bezpodstawne uznanie, że udzielone wyjaśnienia z dnia 16 kwietnia 2008 r. nie spowodowały modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dopuściły wykonywania torowiska w drugiej technologii to jest „szyny na podlewie ciągłym”,
2. nie uwzględnienie wyjaśnień i złożonych uzupełniająco dokumentów, dotyczących wykazanych przez Odwołującego robót przy przebudowie torowiska tramwajowego na Placu Grunwaldzkim we Wrocławiu,
3. bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie oferty,

4. dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o.o. z Krakowa mimo, że oferta Odwołującego jest korzystniejsza w jedynym kryterium oceny ofert, jakie stanowi cena.

Pismem doręczonym dnia 27 maja 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Na wezwanie z dnia 21 maja 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 23 maja 2008 r. przystąpiło Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o.o., wykazując swój interes prawny i opowiadając się za stanowiskiem Zamawiającego.

W odwołaniu wniesionym w dniu 30 maja 2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i wyboru ofert. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że jest gorzej i nierówno traktowany przez Zamawiającego, który uznał referencje i wykazaną robotę przez wybranego wykonawcę z zastosowaniem identycznej technologii, natomiast Odwołującego wykluczył z postępowania.

Pismem z dnia 2 czerwca 2008 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o.o..

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Odwołującego, oferty Odwołującego oraz oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o.o..

Nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta przystępującego do odwołania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty.

Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę brutto 4 816 395, 82 zł. a oferta wybrana Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o.o. z ceną 4 937 060,96 zł. znajdowała się na drugiej pozycji.

Obydwie oferty pozostają nadal zabezpieczone wadium.

W rozdziale 7 pkt 1b SIWZ za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający między innymi uznał wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

- udokumentują wykonanie w ciągu ostatnich pięciu lat co najmniej jednego zadania – przebudowy torowiska tramwajowego w technologii tzw. „szyny pływającej” o wartości zamówienia minimum 2 mln zł.

Zgodnie z rozdziałem 8 pkt 2a SIWZ w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania potencjałem technicznym, wykonawca winien załączyć do oferty wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, to jest co najmniej jednego zadania w zakresie przebudowy torowiska tramwajowego w technologii tzw. „szyny pływającej”, o wartości zamówienia minimum 2 mln zł., z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, ponadto winien załączyć protokół odbioru oraz referencje potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.

W załączniku nr 1 do SIWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia w punkcie 4 Zamawiający w zakresie wykonania nawierzchni torowej 610 m podał:

- ułożenie nawierzchni torowo-drogowej z wielkowymiarowych prefabrykowanych płyt torowych ze specjalnie wyprofilowanymi komorami szynowymi,
- zabezpieczenie szyn i komór szynowych, po ich czyszczeniu specjalnym materiałem gruntującym,
- regulacja szyn w komorach po uprzednim termitowym ich pospawaniu,
- zalanie wyregulowanych szyn specjalnymi żywicami poliuretanowymi, elastycznymi posiadającymi właściwości samopoziomujące i chemoutwardzalne oraz aktualne aprobaty techniczne (pływająca szyna). Zamawiający zaznaczył, że posiada materiały na realizowany odcinek między innymi system mocowania szyn w otulinie ERS – edilon materiał do mocowania szyn. Postanowieniom powyższym odpowiada § 1 wzoru umowy. Zamawiający opisał roboty stanowiące przedmiot zamówienia przy pomocy dokumentacji: projektowej, przedmiaru, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, która została udostępniona wykonawcom.

Specyfikacja techniczna na temat wymaganego wykonania robot w technologii „szyny pływającej” w opisie T.10.11.01 stanowi :

Pkt 1.3

- ułożenie płyt żelbetowych, zabudowa w korytach płyt szyn Ri60N lub Ri60
- wyklejenie wkładek betonowych w komory szyn, wypełnienie

komór żywicami epoksydowymi (edilonem)

Pkt 2.6 wykonanie podbudowy

- płyty żelbetowe z korytami dla ułożenia szyn,
- koryto po ułożeniu szyn wypełnione edilonem (szyna pływająca)

Pkt 2.8 system zalewu ciągłego szyn (szyna pływająca)

- montaż szyn w korytach betonowych przy użyciu żywicy elastycznej poliuretanowej, chemoutwardzalnej.

Podstawowe określenia.

Podlewka/zalawka z żywic poliuretanowych - dwuskładnikowy, bezrozpuszczalnikowy materiał chemoutwardzalny, na bazie modyfikowanych żywic poliuretanowych. Utwardzony wykazuje właściwości sprężyste, tłumiące drgania oraz izolacyjne dla prądu elektrycznego.

Zastosowanie znajduje w sprężystym, punktowym lub ciągłym mocowaniu szyn.

Materiały w systemie zalewu ciągłego szyny. Elementy toru:

- szyny rowkowe Ri60N lub Ri60
- ciągła sprężysta przekładka podszytnowa grubości 12 mm,
- podkładki regulujące położenie szyny w płaszczyźnie pionowej,
- kliny prefabrykowane do ustawiania szyny w płaszczyźnie poziomej
- zalewka z żywic poliuretanowych

Sposób wykonania – elastyczną żywicę poliuretanową należy wlewać do koryta z jednej strony szyny tak długo aż zacznie wypływać po drugiej stronie. Następnie z obydwu stron należy uzupełnić koryto żywicą dla żądanej wysokości. Z rysunku technicznego wynika, że do poziomu torowiska.

Zastosowane materiały winny być zgodne z przyjętym systemem mocowania szyn. Montaż szyny należy przeprowadzić według zaleceń producenta systemu mocowania szyn dla systemu edilon corkelast do sprężystego posadowienia i mocowania szyn tramwajowych. Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca miał doświadczenie i wykazał się wykonaniem przebudowy torowiska tramwajowego o wartości minimalnej 2 mln zł w identycznej technologii jaka została przewidziana dokumentacją dla niniejszego zamówienia. Oznacza to, że należało wykazać doświadczenie przy przebudowie torowisk tramwajowych z zastosowaniem żywic epoksydowych z podlewką ciągłą pod stopką szyny i ciągłym zalewem bocznym.

Fakt ten potwierdza okoliczność, że na pytanie wykonawcy o wyjaśnienie SIWZ, o treści – czy Zamawiający uzna przedstawienie referencji z zadania w technologii na wykonanie podlewu ciągłego poziomego i pionowego szyny z kotwieniem na płycie betonowej? Naszym zdaniem są to technologie tożsame. Zamawiający w piśmie z dnia 16 kwietnia 2008 r. udzielił odpowiedzi, że uzna referencje, z których będzie wynikało, że wykonawca wykonywał roboty

torowe z zastosowaniem podlewu ciągłego poziomego i pionowego szyny z użyciem materiałów poliuretanowych.

W ocenie składu orzekającego Izby, powyższe wyjaśnienie nie stanowi modyfikacji SIWZ i nie dopuszcza wykazania się doświadczeniem w prowadzeniu robót o innych rozwiązaniach technicznych niż ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że jedynie uściślił on opis wymagań doświadczenia w technologii „szyny pływającej” do robót tożsamyh z przedmiotem zamówienia i mieszczących się w tym określeniu technicznym.

Jak wynika z ogólnie dostępnych materiałów pojęcie „szyny pływającej” w ramach zastosowania żywic poliuretanowych może obejmować różny sposób wykonania. Po pierwsze z podlewem ciągłym pod stopkami szyn, i zalewem ciągłym bocznym między korytem betonowym a powierzchnią boczną szyn i prefabrykowanych wkładek betonowych, co stanowi technologię przewidzianą w tym postępowaniu.

Po drugie istnieją też rozwiązania mieszczące się w pojęciu „szyny pływającej” tj. podparć sprężystych, punktowych z materiałów chemoutwardzalnych np. z podlewem jedynie pod stopką szyny itp. Różnica polega na stopniu i miejscach wypełnienia materiałami chemoutwardzalnymi, czego dowód stanowią rysunki techniczne dla rozwiązań przewidzianych w danym postępowaniu i dla prac realizowanych przez Odwołującego. Wprawdzie w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 87, poz. 605) w § 1 ust. 2 pkt 1 mówi się o robotach odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, a Zamawiający wymaga doświadczenia przy realizacji identycznych prac jak przedmiot zamówienia, nie może to jednak stanowić zarzutu na obecnym etapie postępowania, gdyż odnośne postanowienia SIWZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami nie zostały oprotestowane w zakreślonym terminie.

Odwołujący dla wykazania swojego doświadczenia zawodowego, w wykazie ujął roboty przy wykonaniu przebudowy układu drogowego oraz zagospodarowania terenu wokół obiektu Pasaż Grunwaldzki we Wrocławiu – roboty drogowe, przebudowa torowiska tramwajowego, potwierdzonych referencjami „Echo Investment” S.A. z Kielc o ogólnej wartości robót 9 711 200 zł., wykonane w okresie 10.07.2006 r. do 15.03.2007 r.

Z przedstawionych referencji nie wynikało w jakiej technologii wymienione roboty zostały zrealizowane. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 9 maja 2008 r. o złożenie brakującego dokumentu protokołu odbioru wykazanych robót. Odwołujący złożył żądany protokół w wyznaczonym terminie do dnia 12 maja 2008 r., przedstawił też fragmenty dokumentacji robót wykonywanych na terenie wokół Pasażu Grunwaldzkiego.

W/w zadanie dotyczyło układania torów z wykonaniem podlewu toru materiałem Icosit, co Odwołujący udokumentował opisem technicznym do projektu wykonawczego przebudowy układu torowego dla potrzeb budowy centrum Handlowego na placu Grunwaldzkim, gdzie w punkcie 6 jest mowa o rozwiązaniach konstrukcyjnych nawierzchni torowej. Tory objęte zakresem przebudowy zaprojektowano jako konstrukcję o nawierzchni stalowej z szyn tramwajowych Ri60N, posadowioną na zbrojonej płycie betonowej, z zastosowaniem podlewu ciągłego z materiału elastycznego pod stopkami szyn. Z przedstawionego przez Odwołującego fragmentu dokumentacji robót na wykonanie Pasażu Grunwaldzkiego we Wrocławiu, wynika, że technologia robót w zakresie nawierzchni drogowej w obrębie torowiska, obejmowała szyny przymocowane do podbudowy betonowej za pomocą łapek, podlane w sposób ciągły materiałem elastycznym o właściwościach nie gorszych niż ICOSIT 340/45. Grubość podlewu pod stopką szyny 3 cm. Podlew winien być wykonany, aby obejmował stopkę szyny z obu stron na wysokość 17 mm z obu stron. Szczeliny pionowe między prefabrykowanymi blozkami a nawierzchnią jezdnią o szerokości 2 cm wypełnione są w dolnej części na wysokość 11,3 cm masą elastyczną o właściwościach nie gorszych niż ICOSIT KC 340/45, a na wysokość 5 cm od nawierzchni masą uszczelniającą o właściwościach nie gorszych niż ICOSIT KC FM 1.

Z przedstawionych dokumentów wynika, że technologia robót przy przebudowie torowiska w Pasażu Grunwaldzkim we Wrocławiu nie obejmowała zalewu ciągłego bocznego szyn materiałem chemoutwardzalnym. Faktem jest, iż użyte rodzaje materiałów stanowią w całości substancję chemoutwardzalną, to jednak nie świadczy o ich zastosowaniu w technologii zalewu ciągłego pionowego, a nie w technologii mieszanej podlewu ciągłego pod stopką szyny i zalewu bocznego punktowego. Według wymaganej technologii cały element szyn miał się znajdować w ciągłej otulinie z materiału poliuretanowego.

Oceniając zarzut czyniony Zamawiającemu, że winien także wykluczyć z postępowania wykonawcę wybranego, ponieważ przedstawione referencje dotyczą identycznych robót, jakie wykonywał Odwołujący, skład orzekający Izby poddał ocenie wykaz robót przedstawiony przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o.o. wraz z protokołami odbioru na:

- przebudowę węzła rozjazdów Basztowa–Pawia–Lubicz–Westerplatte w Krakowie wykonywane na zlecenie Budimex Dromex S.A.
- remont ulicy Pomorskiej w Łodzi na rzecz przedsiębiorstwa Unidro S.A..

Z przedstawionej dokumentacji – referencji wystawionych przez Budimex Dromex S.A. wynika, iż Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o. o. wykonywała mocowanie torów i rozjazdów do podbudowy z ciągłym podlewem pod stopkę

szyny i zalewem pionowym materiałem SIKA –2464 mpt.

Referencje wystawione przez Unidro S.A. potwierdzają wykonanie podlewu pod stopką szyny preparatem ICOSIT KC 340–45 oraz wykonanie podlewu górnego szyny.

Postępowanie dowodowe potwierdziło doświadczenie zawodowe Odwołującego przy robotach torowych z zastosowaniem systemu „pływającej szyny”, ale wyłącznie w zakresie z zastosowaniem ciągłego podlewu z materiału elastycznego pod stopkami szyn.

Natomiast wykonawca wybrany Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o. o. wykonywała mocowanie torów z użyciem materiałów poliuretanowych w podlewie ciągłym zarówno pod stopkami szyn jak i zalewie bocznym, co udokumentowała referencjami wystawionymi na przebudowę węzła rozjazdów Basztowa – Pawia – Lubicz–Westerplatte w Krakowie.

Izba pozostawiła bez rozpoznania inne niż podane w piśmie z dnia 14 maja 2008 r. oraz podane w rozstrzygnięciu protestu przyczyny wykluczenia Odwołujący z postępowania, tj, dotyczące braku posiadania doświadczenia w wykonywaniu robót torowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł, przedstawienie protokołów odbioru z datami wcześniejszymi niż referencje oraz dotyczącymi różnych umów. Wymienione wyżej zarzuty pojawiły się dopiero w trakcie rozprawy i Odwołujący nie mógł się do nich odnieść ani w proteście ani w odwołaniu.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności zarzutów Odwołującego czynionych Zamawiającemu o naruszenie wskazanych przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 art. 38 ust. 1 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1, Prawa zamówień publicznych, skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz przez dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „Tor-Krak” Sp. z o. o..

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*