

Sygn. akt: KIO 954/13

WYROK
z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2013 r. przez **odwołującego – Zakład Specjalistycznych Robót Wiertniczych J..... B....., 81-157 Gdynia, ul. Sucharskiego 17C/2**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gmina Dobczyce, 32-410 Dobczyce, ul. Rynek 26**,

przy udziale **wykonawcy – ZIBET Sp. z o.o., 32-400 Myślenice, ul. Kazimierza Wielkiego 58**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego – Zakład Specjalistycznych Robót Wiertniczych J..... B....., 81-157 Gdynia, ul. Sucharskiego 17C/2** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Zakład Specjalistycznych Robót Wiertniczych J..... B....., 81-157 Gdynia, ul. Sucharskiego 17C/2**, 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 Gminę Dobczyce [Zamawiający]. Przedmiotem zamówienia jest „Stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi gminnej nr K540078 w Brzączowicach - Górki - w km 0+330 - 0+360.” Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - Zakład Specjalistycznych Robót Wiertniczych mgr inż. J..... B..... z Gdyni [Odwołujący] w tym postępowaniu naruszony został art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nieuwzględnienie, jako spełniających przesłanki ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej „siwz” robót wskazanych przez odwołującego, jako dowód posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, podczas gdy roboty te potwierdzają wiedzę i doświadczenie odwołującego zgodnie z SIWZ; art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niezgodne z ww. przepisem wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu; art. 24 ust. 4 i 89 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą; art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na skutek błędnego wykluczenia odwołującego. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie: czynności wykluczenia odwołującego, oraz wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZIBET Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myślenicach i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, z udziałem oferty odwołującego. Wykonawca wniósł ponadto o dopuszczenie dowodu z: a) zeznań świadka M..... B....., na okoliczność spełnienia przez odwołującego warunków wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących omawianego przetargu, w szczególności legitymowania się przez odwołującego odpowiednią wiedzą i doświadczeniem; b) opinii biegłego specjalisty z zakresu budownictwa specjalistycznego - geotechniki i geologii - na okoliczność spełnienia przez odwołującego warunków wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących omawianego przetargu, w szczególności legitymowania się przez odwołującego odpowiednią wiedzą i doświadczeniem; c) przesłuchania strony – J..... B..... - na okoliczność spełnienia przez odwołującego warunków wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących omawianego przetargu, w szczególności legitymowania się przez odwołującego odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że Zamawiający w rozdziale V pkt 1.2.1 specyfikacji wskazał, że wykonawca spełni warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykaże, że wykonał minimum jedną robotę budowlaną realizowaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, którego

przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej polegającej na stabilizacji osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych o długości minimum 50 m wraz z odbudową drogi o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł netto oraz załączy dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wskazał również, że pismem z dnia 4 kwietnia 2013 r. zamawiający zażądał od wykonawcy wyjaśnień w zakresie: wykazania i udokumentowania, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert minimum jedną robotę budowlaną realizowaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej polegającej na stabilizacji osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych o długości minimum 50 m wraz z odbudową drogi, o łącznej wartości minimum 800.000,00 zł netto, oraz dostarczenia od Projektanta P..... K..... oraz Kierownika Budowy Krzysztofa Wróblewskiego wymaganych oświadczeń, zgodnie z rozdziałem VI ust. 1.2.1 oraz ust. 1.2.2 SIWZ i udokumentowania, że będzie dysponował minimum jedną wiertnicą posiadającą możliwość wykonania otworów o średnicy minimum 800mm. Wykonawca pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. udzielił odpowiedzi zgodnie z żądaniem oraz przedłożył wymaganą dokumentację i jego zdaniem, Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające. Jednakże, pismem z dnia 11 kwietnia 2013 r. Zamawiający ponowił pytanie odnośnie wykazania i udokumentowania, że odwołujący wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert minimum jedną robotę budowlaną realizowaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej polegającej na stabilizacji osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych o długości minimum 50 m wraz z odbudową drogi o łącznej wartości minimum 800.000,00 zł netto. Wątpliwość Zamawiającego wzbudziła okoliczność, że wykazywana przez Odwołującego - celem udowodnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia - inwestycja polegająca na zaprojektowaniu i wybudowaniu nie była wykonana w jednym postępowaniu i wymaganym systemie. Zamawiający podał, że jest w posiadaniu ogłoszeń oddzielnych na wykonanie dokumentacji projektowej i na roboty budowlane. Jak wskazał Zamawiający, wykonawca wykonał dokumentację projektową dotyczącą „Zabezpieczenia osuwiska w ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” - ogłoszenie o zamówieniu - usługa nr 283858-2010, data zamieszczenia 09. 09. 2010 r., ogłoszenie powiązane; ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 314116-2010 z dnia 01.10.2010 R. - wykonanie dokumentacji. Natomiast roboty budowlane wykonane na podstawie tej dokumentacji przeprowadził na podstawie zadania „Zabezpieczenia osuwiska w ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” - ogłoszenie o zamówieniu - roboty budowlane nr 52016-2011, data zamieszczenia 23.04.2011,

ogłoszenie powiązane: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 30633-2012 z dnia 07.02.2012r. - wykonanie robót budowlanych. W związku z powyższym, Zamawiający zażądał dalszych wyjaśnień. Pismem z dnia 14 kwietnia 2013 r. wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Do pisma załączył opinię prawną sporządzoną na jego zlecenie, a dotyczącą interpretacji wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w zakresie systemu „zaprojektuj i wybuduj”. W konkluzji wykonawca stwierdził, że pismem z dnia 19 kwietnia 2013 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty - przedstawionej przez firmę ZIBET Sp. z o.o. w Myślenicach oraz podał, że Zakład Specjalistycznych Robót Wiertniczych J..... B..... został wykluczony z postępowania. Decyzję o wykluczeniu odwołującego zamawiający argumentował tym, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, jako podstawę prawną art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W dalszej części pisma, Zamawiający opisał, jakie stawiał wymagania, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał na art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. - wykonanie minimum jednej roboty w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Dalej Zamawiający powołał się na art. 31 ust. 2 ustawy Pzp podnosząc, że na podstawie dostarczonych dokumentów i wyjaśnień wykonawca uzyskał w drodze postępowania przetargowego kontrakt na usługę wykonania dokumentacji projektowej, na podstawie, której Zamawiający otrzymał pozwolenie na wykonanie robót budowlanych. Dopiero w kolejnym roku wykonawca uzyskał w drodze postępowania kontrakt na robotę budowlaną i na podstawie otrzymanego od Zamawiającego pozwolenia na budowę wraz z kompletem dokumentacji projektowej przystąpił do realizacji inwestycji. Takie rozbieżności na usługę i robotę budowlaną, zdaniem Zamawiającego, nie kwalifikuje się w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, ze względu na inny sposób organizacji pracy, odmienny sposób podejmowania ryzyka i nieprzewidywanych zjawisk. Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego, nie można uznać robót wykazanych w pozycji 1 i 3 „Wykazu Robót Budowlanych”, jako spełniających wymagania SIWZ pkt 1.5.2, a zatem wykonawca nie spełnił warunków udziału w tym postępowaniu i tym samym podlega wykluczeniu z postępowania, a zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Kwestionując stanowisko Zamawiającego, wykonawca stwierdził, że (...) Istota sporu zaistniałego w niniejszym postępowaniu sprowadza się do przesądzenia, czy legitymowanie się przez odwołującego doświadczeniem w postaci sporządzenia dokumentacji projektowej, a następnie poprowadzenia robót budowlanych na podstawie tejże dokumentacji, lecz w drodze dwóch osobnych umów zawartych na podstawie dwóch ogłoszeń o zamówieniu publicznym jest równoznaczne z wymaganym przez zamawiającego posiadaniem doświadczenia w prowadzeniu tych prac budowlanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, w kontekście spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego w toku postępowania wykazał, że spełnia warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia określony w punkcie V pkt 1.2.1 SIWZ, to jest, że jest w stanie wylegitymować się doświadczeniem w zakresie wykonania robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, tj. wykonał minimum jedną robotę budowlaną realizowaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej polegającej na stabilizacji osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych o długości minimum 50 m wraz z odbudową drogi o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł netto, /dowód: opinia biegłego, zeznanie świadka M..... B....., zeznania J..... B...../ Podkreślił, że zgodnie z referencjami Zarządu Dróg Powiatowych w Łąncucie zadanie polegające na „Zabezpieczeniu osuwiska w ciągu drogi powiatowej Nr 1544R Albigowa - Husów w km 7+ 940 - 8+300 w m. Husów” w zakresie zaprojektowania i wybudowania inwestycji, traktowana była przez zamawiającego - Zarząd Dróg Powiatowych w Łąncucie, jako jedno zadanie. W ramach tego zadania zawarto jedynie (ze względów technicznych) dwie umowy. Na podstawie jednej z tych umów wykonawca wykonał projekt i całą dokumentację z tym związaną, natomiast na podstawie drugiej umowy wykonał roboty budowlane. Podkreślił, że wykonawca ponosił odpowiedzialność zarówno za projekt jak i roboty budowlane. Zatem nie może budzić wątpliwości, że wykonawca J..... B..... zarówno zaprojektował jak i wybudował wskazane powyżej zadanie. Zgodnie ze specyfiką procesu budowlanego najpierw należy zaprojektować dany obiekt budowlany, pozyskać wymaganą prawem dokumentację pozwalającą na rozpoczęcie robót (np. pozwolenie na budowę), a dopiero po tym można rozpocząć wykonywanie robót budowlanych. Nie ma możliwości wykonywania prac projektowych i robót budowlanych jednocześnie. Chybiony jest zatem zarzut zamawiającego polegający na braku doświadczenia odwołującego w koordynowaniu obu przedsięwzięć (projektowania i budowania), skoro obie te czynności należy wykonać osobno. Niezrozumiały jest dla odwołującego zarzut, iż w tzw. „systemie zaprojektuj i wybuduj” występuje odmienny sposób podejmowania ryzyka i nieprzewidywanych zjawisk. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, na czym miałyby polegać ów odmienny sposób podejmowania ryzyka i nieprzewidywanych zjawisk. W art. 2 ust. 8 ustawy Pzp, zawarta została definicja legalna pojęcia roboty budowlane. W myśl wskazanego przepisu przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zgodnie z art. 7 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz

równe traktowanie wykonawców. Jak wynika natomiast z treści art. 22 pkt 1 ust. 2 ustawy Pzp - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności należy przesądzić, co należy rozumieć pod pojęciem „zaprojektuj i wybuduj” i w jakim celu formuła ta musi być stosowana przez zamawiających. Dalej podniósł, że (...) według definicji, system realizacji projektów, w którym - w przeciwieństwie do systemu tradycyjnego - mamy do czynienia z jednym podmiotem gospodarczym, który jednocześnie odpowiada za zaprojektowanie oraz wykonanie dzieła”. Stwierdził również, że (...) istnieją różne kombinacje i warianty formuły „projektuj i buduj”. Wobec powyższego, jego zdaniem, (...) warunek postawiony przez zamawiającego jest, co najmniej niedostatecznie sprecyzowany. Nie został określony, bowiem wariant formuły „projektuj i wybuduj”. Podkreślił, że „projektuj i wybuduj” to formuła, w ramach której, jeden podmiot wykonuje zarówno prace projektowe jak i budowlane w zakresie jednego zadania. Nie jest to natomiast technika, bądź metoda, która wymagałaby dodatkowej wiedzy i kwalifikacji (ponad kwalifikacje w zakresie projektowania oraz wykonawstwa robót budowlanych). Całkowicie nieuprawnionym jest stawianie w SIWZ wymagań, które nie zmierzają do ustalenia, czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wykładnia celowościowa powołanych norm prawnych, a zwłaszcza metodologia obliczania wartości prac projektowych w kosztach robót budowlano - montażowych, wskazana w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389 ze zm.), może prowadzić do konstatacji, że zamysłem ustawodawcy było, aby zamawiający udzielali jednego zamówienia na przygotowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie prac budowlanych ze względu na mniejsze koszty przedsięwzięcia. Zatem, w sytuacjach, w których ustawodawca narzuca zrealizowanie zadania w formule „projektuj i wybuduj”, należy stwierdzić, że ograniczenie to jest skierowane do zamawiającego, a nie do wykonawców, (aby uzyskać wykonanie całego projektu za niższą cenę, zamiast uzyskania tego samego efektu - dwuetapowo - za cenę wyższą). Reasumując stwierdził, że Odwołujący legitymuje się stawianym w SIWZ wymaganiami w zakresie wiedzy i doświadczenia. Okoliczność tę należy uznać za bezsporną, z uwagi na fakt powołania wymaganych prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej jak i wykonaniem robót budowlanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11 kwietnia 2013 r. Wątpliwość Zamawiającego budził jedynie fakt wykonania tych projektów na podstawie dwóch odrębnych umów, będących konsekwencją realizowania przedsięwzięcia dwuetapowo - najpierw zaprojektowania, a następnie zbudowania. Z ostrożności procesowej (gdyż nie było to przesłanką wykluczenia zamawiającego z przetargu) odniósł się do uwagi poczynionej przez zamawiającego w

piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 r., iż w zakresie konstrukcji muru oporowego stabilizującego osuwisko, ze względu na wysokość skarpy i wymagany okres trwałości konstrukcji, zamawiający wyklucza możliwość stosowania gabionów kamiennych. Wskazał, że odwołujący w żadnym z dokumentów przedstawionych podczas procedury przetargowej nie podawał, że zamierza wykonać konstrukcję muru z gabionów, gdyż byłoby to sprzeczne z SIWZ. Nie zmienia to jednak faktu, że odwołujący legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem, zgodnie z SIWZ. Gabiony kamienne, użyte w zadaniu „Zabezpieczenie osuwiska w ciągu drogi powiatowej Nr 1544R Albigowa - Husów w km 7+ 940 - 8+300 w m. Husów” stanowią rodzaj kotwionych modułowych bloków kamiennych. Fakt, że w tym zadaniu (zgodnie z wymaganiami zamawiającego) wykonawca użył właśnie takich gabionów nie daje podstaw do tego, by sądzić, że w zadaniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania, wykonawca zamierza użyć takich właśnie gabionów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – ZIBET sp. z o.o. z Myślenic, wnosząc o oddalenie odwołania i podnosząc, że Odwołujący wykonał projekt w formie usługi, a obiekt zrealizował, jako roboty budowlane. Zatem nie wykonał tego zadania w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Natomiast w zamówieniu realizowanym w trybie „zaprojektuj i wybuduj” to na wykonawcy spoczywa całkowita odpowiedzialność za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu w tym za uzyskanie pozwolenia na budowę. Inaczej sytuacja wygląda w modelu „wybuduj”, gdzie to zamawiający dostarcza wykonawcy dokumentację projektową z projektem budowlanym oraz pozwoleniem na budowę, na podstawie, której wykonawca ponosi jedynie odpowiedzialność za wybudowanie obiektu odpowiadającego wymogom określonym w zatwierdzonym decyzją projekcie budowlanym. Dalej podał, że ustawodawca rozróżnił, przez sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, dwa rodzaje procedur przetargowych na roboty budowlane, na tzw. „klasyczną” wynikającą z przepisu art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie na zamawiającym spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej oraz na wynikającą z przepisu art. 31 ust.2 ustawy Pzp procedurę w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, w której to z kolei na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia m.in. dokumentacji projektowej”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności, że (...) Opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia był jednoznaczny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia bowiem przedmiotowe zamówienie ma być realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj” a ponadto w programie funkcjonalno-użytkowym Zamawiający określił wymagania konstrukcji muru oporowego stabilizującego osuwisko wykluczając możliwość stosowania gabionów kamiennych”. Wskazał również, że (...) W uzasadnieniu Zamawiający przytoczył zapisy

SIWZ, z których jednoznacznie wynikało, że na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawca miał się wykazać robotą budowlaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej polegającej na stabilizacji osuwisku z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych. Na potwierdzenie tego warunku wykonawca przedstawił dwa zadania, z których jedno dotyczyło usługi projektowej, a drugie roboty budowlanej wykonanej na podstawie uprzednio opracowanej dokumentacji projektowej. Zamawiający stwierdził również, że (...) Jest rzeczą bezsporną, że w piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r. Odwołujący wyraźnie wskazał, że wykonał zadanie pn. „ Zabezpieczenie osuwiska w ciągu drogi powiatowej Nr 1544R Albinowa-Husów w km 7+940-8+300 w m. Husów1”, celem której była stabilizacja osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków kamiennych (gabiony prefabrykowane PrcGab). Gabion - (kosz gabionowy, kosz siatkowo - kamienny) to element w kształcie prostopadłościowym wykonany z siatki stalowej wypełniony (otaczakami, kamieniem łamanym lub materiałem rccykingowym). Kosze gabionowe obecnie produkowane są w dwóch odmianach z siatek z podwójnym splotem i podwójnym zabezpieczeniem, w kształcie sześciokąta lub prostokąta. Gabion z uwagi, że nie jest to element jednorodny nie zapewnia on (gabion ~ gabionowi prefabrykowanemu Pm Gab): sztywności, bardzo słabo przenosi naprężenia ściskające z uwagi na możliwość przemieszczania się materiału wypełniającego kosz, jest nietrwały i nie zabezpiecza budowli przed czynnikami korozji lub zniszczeniami mechanicznymi wywołanymi ingerencją człowieka. Gabiony nie mogą być z w/w względów stosowane do wznoszenia murów oporowych kotwionych. Stosuje się je, jako przypory kamienne do niewielkich konstrukcji zabezpieczających np.: obudowy brzegów rzek, przypór kamiennych stabilizujących nasypy. Stanowią jedynie elementy zabezpieczające, a nie elementy konstrukcji muru oporowego (brak przenoszenia naprężeń ściskających). Natomiast bloki betonowe lub kamienne to elementy prostopadłościowe, jednorodne w swojej strukturze (jest to lity materiał betonowy lub skalny). Bloki betonowe lub kamienne z uwagi na ich jednorodną strukturę charakteryzują się: sztywnością bryły w całej objętości (w każdym przekroju), bardzo wysoką wytrzymałością na ściskanie (parametr ten zapewnia możliwość kotwienia), możliwością wydrążenia otworu przelotowego pod dowolnym kątem wraz z ukształtowaniem gniazda dla nakrętki dociskowej kotwy, wysoką trwałością i odpornością na zniszczenia”. W konkluzji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący (...) nie wykazał się wiedzą i doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w omawianym zakresie. I nie ma tu znaczenia zamiar Odwołującego wykonania muru oporowego zgodnego z SIWZ, do czego byłby zobowiązany wygrywając przetarg”. Zamawiający stwierdził również, że wnioski dowodowe zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie i winny uleczy oddaleniu, albowiem (...) Żądanie przeprowadzenia dowodów z zeznań świadka M..... B..... , opinii

biegłego specjalisty z zakresu budownictwa specjalistycznego - geotechniki i geologii oraz przesłuchania strony J..... B..... na okoliczność spełnienia przez Odwołującego warunków wskazanych w SIWZ, dotyczących omawianego przetargu, w szczególności legitymowania się przez odwołującego odpowiednią wiedzą i doświadczeniem jest niezgodne z przytoczonymi przepisami Pzp. Przeprowadzenie wskazanych dowodów naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców pozwalając jednemu z nich na wykazywanie wiedzy i doświadczenia w sposób odmienny niż wynika to z przepisów Pzp i rozporządzenia”.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając niniejsze odwołanie, Izba uwzględniła 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 wnioski dowodowe, Izba miała na uwadze przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnik postępowania odwoławczego mają obowiązek wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne, jednakże postanowienie ust. 6 tego przepisu uprawnia Izbę do odmowy przeprowadzenia dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Mając na uwadze treść zgłoszonych wniosków dowodowych, po wszechstronnym rozważeniu treści specyfikacji, oraz treści oferty Odwołującego i udzielanych wyjaśnień, Izba uznała, że fakty będące ich przedmiotem wynikają z akt sprawy, a ich przeprowadzenie skutkowałoby niezasadną zwłoką w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy i odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych dowodów.

Zamawiający - tak jak ustaliła Izba – w rozdziale V w pkt 1.2.1 siwz jednoznacznie sprecyzował wymagania dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakim powinni legitymować się wykonawcy biorący udział w postępowaniu, a mianowicie wykonawcy mieli wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, co najmniej jedną robotę budowlaną realizowaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, której przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej, polegającej na stabilizacji osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych o długości minimum 50 m wraz z odbudową drogi o łącznej wartości minimum 800 000 zł netto. Zgodnie z postanowieniami rozdziału VI pkt 1.1

specyfikacji Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia wykazu wykonanych robót budowlanych w zakresie określonym w pkt 1.2 i sporządzonym według załącznika 6 do siwz. Na potwierdzenie tego warunku wykonawca przedstawił w ofercie - w załączniku 6 „Doświadczenie wykonawcy” - jedno zadanie oznaczone przez wykonawcę w Wykazie kolumna „Nazwa zadania”, jako „Zabezpieczenie osuwiska w ciągu drogi powiatowej nr 1544 R Albigowowa – Husów w km 7+940-8+300 w m. Husów”. W kolumnie „Rodzaj roboty budowlanej, usługi, lokalizacja obiektu,” wskazał na „Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego” oraz na „Wykonanie konstrukcji zabezpieczającej osuwisko: pali wierconych, mikrofali, drenów wierconych, koszy siatkowo – kamiennych, odbudowa drogi”. W wyniku wyjaśnień składanych na żądanie Zamawiającego, podobnie jak w odwołaniu, wykonawca przyznał, że zadanie pn. „Zabezpieczenie osuwiska w ciągu drogi powiatowej Nr 1544R Albinowa-Musów w km 7+940-8+300 w m. Husów” nie było realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, aczkolwiek Odwołujący wykonał zarówno prace projektowe jak i zrealizował roboty budowlane na podstawie projektu, jednakże następowało to w ramach dwóch odrębnych zamówień publicznych po przeprowadzeniu odrębnych przetargów. Tak jak wynika z ustaleń, wykonawca wykonał dokumentację projektową, dotyczącą „Zabezpieczenia osuwiska w ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” - ogłoszenie o zamówieniu - usługa nr 283858-2010, data zamieszczenia 09.09.2010 r., ogłoszenie powiązane; ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 314116-2010 z dnia 01.10.2010 r. - wykonanie dokumentacji. Natomiast roboty budowlane wykonane na podstawie tej dokumentacji przeprowadził na podstawie zadania „Zabezpieczenia osuwiska w ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” - ogłoszenie o zamówieniu - roboty budowlane nr 52016-2011, data zamieszczenia 23.04.2011, ogłoszenie powiązane: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 30633-2012 z dnia 07.02.2012r. - wykonanie robót budowlanych. Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w piśmie z dnia 5 kwietnia br wynika również, że celem roboty budowlanej związanej z zabezpieczeniem osuwiska, była stabilizacja osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków kamiennych, jednakże w nawiasie wskazano na gabiony prefabrykowane PreGab i dalej posługiwano się pojęciem konstrukcji oporowej z gabionów prefabrykowanych kotwionych kotwami gruntowymi. Izba ustaliła również, że w zawiadomieniu z dnia 19 kwietnia 2013 r. Zamawiający w zakresie spornego warunku podał, że (...) W rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust.1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, gdzie wymaganiem Zamawiającego było wykonanie minimum jednej roboty budowlanej realizowanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Dalej w treści zawiadomienia Zamawiający wskazał na pkt 2.1.1 programu funkcjonalno-użytkowy - wykluczający możliwość stosowania

gabionów kamiennych, a także powołał pismo z dnia 4 kwietnia br, które skierował do wykonawcy, celem potwierdzenia wykonania zadania - z załącznika nr 6 do specyfikacji - w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz, że roboty budowlane były wykonane z zastosowaniem „kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych o długości minimum 50 m wraz z odbudową drogi o łącznej wartości minimum 800 000 zł netto. (...). Jednocześnie w konkluzji tego pisma stwierdził, że (...) Takie rozbieżności na usługę i robotę budowlaną nie kwalifikuje się w systemie „zaprojektuj i wybuduj” ze względu na inny sposób organizacji pracy, odmienny sposób podejmowania ryzyka i nieprzewidywalnych zjawisk. Wobec powyższego Wykonawca nie spełnił stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu”. To oznacza według ustaleń Izby, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazano de facto tylko na jedną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a mianowicie nie potwierdzenie realizacji jednej roboty budowlanej w systemie „zaprojektuj i buduj”. Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie może powoływać się na niespełnienie warunku z rozdziału V w pkt 1.2.1 siwz w części dotyczącej wymaganej stabilizacji osuwiska z zastosowaniem kotwionych modułowych bloków betonowych lub kamiennych. Okoliczność bowiem odnosząca się do pkt 2.1.1 programu funkcjonalno-użytkowy - wykluczająca możliwość stosowania gabionów kamiennych, nie została w podstawach wykluczenia wskazana. Na marginesie Izba jednakże stwierdza, że wskazane gabiony prefabrykowane Pre Gab, trudno uznać za potwierdzające wymagane w tym warunku „kotwione modułowe bloki betonowe lub kamienne”. Tak jak wynika z literatury przedmiotu, prefabrykowane gabiony PreGab”, to konstrukcje oporowe zapobiegające osuwaniu się ziemi lub innych materiałów skalnych. Dalej wskazuje się, że PreGab, czyli gabion prefabrykowany jest to kosz gabionowy wykonany z siatki stalowej o podwójnym splocie drutów i podwyższonych parametrach mechanicznych w stosunku do standardowych koszy gabionowych. Zatem tego typu rozwiązania, aczkolwiek doskonale sprawdzające się w sytuacjach awaryjnych, budowach tymczasowych, na ograniczonych czasowo i powierzchniowo placach budowy, budowach hydrotechnicznych realizowanych pod wodą, a także mogących służyć, jako ekrany akustyczne czy elementy architektoniczne, nie można uznać za „kotwione modułowe bloki kamienne”, jak wnosił Odwołujący.

Rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania, że Odwołujący nie wykazał wykonania minimum jednej roboty budowlanej realizowanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, Izba przede wszystkim stwierdziła, że zgodnie z art. 2 pkt 8 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp system „zaprojektuj i wybuduj” to formuła, w ramach której, jeden podmiot wykonuje prace projektowe jak i budowlane w jednym zadaniu na podstawie jednego zamówienia. Tym samym wskazanych zamówień „Zabezpieczenia osuwiska w

ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” - ogłoszenie o zamówieniu - usługa nr 283858-2010 oraz „Zabezpieczenia osuwiska w ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” - ogłoszenie o zamówieniu - roboty budowlane nr 52016-2011 nie można kwalifikować, jako roboty budowlanej, obejmującej zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach jednego zamówienia. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy - nie ma znaczenia przy tym, że zgodnie z referencjami Zarządu Dróg Powiatowych w Łańcucie, zaprojektowanie i wybudowanie inwestycji związanej z „Zabezpieczeniem osuwiska w ciągu drogi powiatowej numer 1544R Albinowa - Husów w km 7+940 - 8+300 w m. Husów” zostało potraktowane przez inwestora, jako jeden tytuł inwestycyjny. Taka kwalifikacja, zdaniem Izby, nie była związana z procesem budowlanym, lecz wynikała z planu finansowego jednostki budżetowej. Tym samym – na obecnym etapie postępowania – Odwołujący nie może domagać się interpretacji spornego warunku zgodnie z jego żądaniem. Prowadziłoby to bowiem do naruszenia przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca, nie kwestionując postanowienia odnośnie spornego warunku, zobowiązany był składając ofertę do jego ścisłego przestrzegania w kształcie nadanym przez Zamawiającego. Izba dodatkowo stwierdza, że nie w pełni podziela pogląd Odwołującego, że system „zaprojektuj i wybuduj” nie jest metodą, niewymagającą od wykonawcy dodatkowej wiedzy oraz doświadczenia odnoszących się do kwalifikacji i procesu budowlanego. W przypadku takiego zamówienia realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, to na jednym wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. Izba ponownie podkreśla, że jeżeli nawet uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy takie ukształtowanie warunku - jak żąda Odwołujący - mogłoby w konsekwencji prowadzić do wyłonienia wykonawcy posiadającego odpowiednie doświadczenie dla kompleksowej realizacji prac również w systemie „zaprojektuj i wybuduj” i dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, to na etapie oceny ofert nie jest możliwa interpretacja rozszerzająca tego warunku tylko dlatego, że wnoszący odwołanie wykonawca uczestnicząc w przetargach uzyskał w jednym przetargu zamówienie na usługę projektową – wykonanie dokumentacji projektowej, a w drugim z kolei – na wykonawstwo robót budowlanych objętych tą dokumentacją. W konkluzji Izba stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp również jest niezasadny, albowiem Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 i 89 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono 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).

.....