

Sygn. akt: KIO/UZP 1033/08

WYROK
z dnia 10 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 10.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Przedsiębiorstwo Drogowe „BAZALT” Zbigniew Hrynkiewicz, 82-400 Sztum, ul. Jagiełły 47a od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Starostwo Powiatowe w Sztumie, 82-400 Sztum, ul. Mickiewicza 31 protestu ~~protestów~~* z dnia 05.09.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Starostwo Powiatowe w Sztumie, 82-400 Sztum, ul. Mickiewicza 31**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Drogowe „BAZALT” Zbigniew Hrynkiewicz, 82-400 Sztum, ul. Jagiełły 47a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Starostwo Powiatowe w Sztumie, 82-400 Sztum, ul. Mickiewicza 31** na rzecz **Przedsiębiorstwo Drogowe „BAZALT” Zbigniew Hrynkiewicz, 82-400 Sztum, ul. Jagiełły 47a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty uiszczonego przez Odwołującego wpisu.
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Drogowe „BAZALT” Zbigniew Hrynkiewicz, 82-400 Sztum, ul. Jagiełły 47a.**

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

Zamawiający – Powiat Sztumski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie remontu dróg powiatowych zarządzanych przez Zarząd Powiatu Sztumskiego w roku 2008 na terenie powiatu Sztumskiego metodą wg. ST 05.03.24 – cienkie warstwy ścieralne „na gorąco”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 203842-2008 z dnia 29 sierpnia 2008 roku.

Zamawiający zamieścił na stronie internetowej www.bip.powiatstumski.pl treść ogłoszenia o zamówieniu, które stało się przedmiotem protestu złożonego w dniu 5 września 2008 roku do Zamawiającego.

W proteście (pismo z dnia 4 września 2008 roku) Wykonawca – Zbigniew Hryniewicz Przedsiębiorstwo Drogowe Bazalt zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 22 ust.2, art. 25, art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 4 ustawy w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie określenia wykazu dokumentów wymaganych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.
2. naruszenie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez przekroczenie uprawnień do żądania dokumentów od wykonawców.

Zamawiający, precyzując warunek udziału w postępowaniu określony w art. 22 ust. 1 ustawy określił, że o zamówienie publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie 5 lat zrealizowali minimum jedno zamówienie o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia. W ocenie Protestującego zachodzi wątpliwość dotycząca interpretacji tego warunku, który sformułowany jest w sposób nieostry i nosi znamiona uznaniowości.

Charakter i złożoność zamówienia została określona w tytule zamówienia i stronie tytułowej siwz, gdzie wskazano, że zamówienie ma być wykonane metodą wg. ST D - 05.03.24- cienkie warstwy ścieralne „na gorąco”, natomiast z treści siwz wynika, że przewidziano naprawę dróg wskazanych w pkt A - wg metody D 05.03.13, dróg wskazanych w pkt B – wg metody D – 05.03.24 oraz D - 05.03.13 oraz w pkt C wg metody D – 05.03.24. oraz D – 05.03.13. Wobec powyższego zachodzi obawa, że oferta Wykonawcy może zostać odrzucona, gdyż będzie opierała się na metodzie innej, niż Zamawiający miał na myśli. Protestujący wskazał na rozbieżności polegające na wskazaniu w pkt III. 3 siwz zakresu remontu dróg, podczas gdy pkt II. 4 siwz odsyła do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia tj. załączników A, B i C, w których wskazano dwie metody. Protestujący poddał

wątpliwość, czy takie określenia spełniają wymóg art. 30 ust. 4 ustawy w zakresie obowiązku wskazania rozwiązań równoważnych.

Protestujący, powołując się na § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów podniósł, że w przepisie tym jest mowa o wykazie robót odpowiadających rodzajowo robotom, które są przedmiotem zamówienia a nie o wykazie zamówień o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia.

W konkluzji Protestujący wskazał na konieczność unieważnienia postępowania z uwagi na okoliczność, że postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 ustawy.

Pismem z dnia 15 września 2008 roku, doręczonym tego samego dnia Zamawiający protest w całości oddalił.

Zamawiający wyjaśnił, że nie naruszył zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, ponieważ o zamówienie może ubiegać się każdy wykonawca, formułując warunek udziału w postępowaniu nie naruszył rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się doświadczeniem, zaś specyfika wykonania robót wymaga szczególnej wiedzy i doświadczenia, dlatego w zał. 6 Zamawiający wymaga załączenia do wykazu referencji, które potwierdzają wykonanie min. 1 zadania w/w metodą. Zamawiający wskazał, że zakres remontu dróg opisany został w pkt II. 3 siwz, podano numery szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Drogi przeznaczone do remontu mają być wykonane metodą D - 05.03.24 a metoda D- 05.03.13 jest przywołana tylko dla ułatwienia pracy Wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, że metoda D 05.03.24 opracowana przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad do stosowania w Polsce na wszystkich kategoriach dróg nie przewiduje rozwiązań równoważnych. Rozwiązania równoważne technologicznie zawiera SST D- 05.03.24, która opisuje trzy sposoby wykonania cienkich warstw ścieralnych „ na gorąco”, jednakże są one cieńsze lub grubsze niż wymienione w materiałach przetargowych.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 18 września 2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty protestu i wniósł o nakazanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 18 września 2008 roku Zamawiającemu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści siwz oraz ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w pkt II. 3 „Określenie przedmiotu zamówienia”, Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje remont dróg powiatowych metodą wg ST D- 05.03.24 – cienkie warstwy ścieralne „na gorąco” . W ten sam sposób wskazany został przedmiot zamówienia na stronie tytułowej siwz oraz w treści ogłoszeni o zamówieniu. Zakres remontu w pkt II.3 tiret czwarty siwz obejmował wykonanie bardzo cienkich warstw ścieralnych na gorąco wg specyfikacji w załącznikach A, B i C: D- 00.00.00, D- 06.03.01, D- 05.03.17, D-04.08.01, D- 05.03.24 oraz przywołanych: D- 05.03.13, D-04.03.01, D-05.03.05.

Jednocześnie w pkt II. 4 siwz Zamawiający określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego realizacji określają załączniki A, B i C do niniejszej siwz. Wskazał także, że drogi ujęte do remontu opisane są w załącznikach A, B i C. i załączył odpowiednio dla poszczególnych odcinków remontowanych dróg specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót:

1. załącznik A - odcinek drogi powiatowej nr 3100G od Dzierzgonia granica miasta do wiaduktu kolejowego przy jeziorze Kuksy,
2. załącznik B - odcinek drogi powiatowej nr 3110G od przejazdu kolejowego do Waplewa Wielkiego.
3. załącznik C - odcinek drogi powiatowej nr 3107 G od drogi krajowej nr 55 w Gościszewie do Gorzelni.

W pkt IV. 2 siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy potwierdzą, że posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i jako wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat zrealizowali minimum 1 zamówienie o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał złożenia załącznika nr 6 – doświadczenie zawodowe - wykaz robót wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie

zamówienia, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających że roboty zostały wykonane należycie. Ten sam wymóg został sformułowany w treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja III. 2 pkt 2 i 6 warunki udziału.

Skład orzekający zważył co następuje:

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, pomimo, iż nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, ale w ustawowym terminie zakwestionował treść ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego”. Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Za takim szerokim rozumieniem interesu prawnego opowiedział się również Sąd Okręgowy w Krośnie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 roku (Sygn. akt I Ca, 134/ 06), gdzie stwierdził, że odmienna interpretacja „interesu prawnego” na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia”.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, skład orzekający zważył:

Warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, określone w art. 22 ustawy mają charakter ogólny. Ustawodawca wymaga, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie a na potwierdzenie spełniania tego warunku przedstawiali stosowny wykaz zamówień „odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”, zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605).

Obowiązkiem Zamawiającego jest konkretyzacja i sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu na etapie ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne w sposób, który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje Wykonawcom pewności, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełnienia warunków. Obowiązek sprecyzowania warunków udziału w postępowaniu wynika m.in. z postanowienia § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, gdzie

ustawodawca wymaga złożenia wykazu „w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku”.

Zamawiający winien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i nie budzący wątpliwości, zaś ocena kwalifikacji wykonawców winna być oparta na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie Zamawiający.

Sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu się zamówieniami „o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia” nie spełnia wyżej wskazanych przesłanek, gdyż pozostawia dużą swobodę interpretacyjną i możliwość arbitralnej oceny jego spełniania, co jest niezgodne z zasadą jawności i przejrzystości procedur o zamówienie publiczne. Tak opisany warunek udziału w postępowaniu sprawia, że Wykonawcy zainteresowani przedmiotowym zamówieniem pozostają w stanie niepewności czy posiadane przez nich doświadczenie zostanie uznane przez Zamawiającego za porównywalne co do złożoności i charakteru z przedmiotem zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający winien skonkretyzować pojęcie „zamówień o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia” i określić czy porównywalność będzie odnosił do wartości, zakresu zamówienia, czy też wskazanych metod wykonania zamówienia etc., mając jednocześnie na uwadze z jednej strony zakres, charakter i złożoność zamówienia oraz konieczność weryfikacji Wykonawców posiadających odpowiednią wiedzę i umiejętności niezbędne do jego realizacji, a z drugiej strony konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Przy czym działanie Zamawiającego, polegające na doprecyzowaniu warunku udziału w postępowaniu na etapie rozstrzygnięcia protestu poprzez wskazanie, że za doświadczenie o podobnym charakterze i złożoności uzna zamówienia wykonane konkretnie wskazaną w tytule siwz i ogłoszeniu metodą D 05.03.24 należy uznać za naruszające przepis art. 38 ust. 5 ustawy, który zakazuje zmiany warunku udziału w postępowaniu w trakcie trwania procedury.

Nie można zgodzić się także z interpretacją Zamawiającego, że za „porównywalne zamówienia” uzna zamówienia wykonane metodą identyczną do metody wykonania przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie należy wskazać, że cytowane wyżej rozporządzenie z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazuje na zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia a nie na zamówienia tożsame do robót, będących przedmiotem zamówienia. Takie zawężenie rozumienia „zamówień porównywalnych” stanowi w ocenie składu orzekającego Izby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zatem zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w trakcie rozprawy sprecyzował, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 4 ustawy sprowadza się nie do opisu przedmiotu zamówienia, a do warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykazaniu się zamówieniami wykonanymi konkretną metodą wymaganą przez Zamawiającego. Zatem zarzut naruszenia art. 29 ust.2 i art. 30 ust. 4, które to przepisy odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia a nie do warunków udziału w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz mając na uwadze treść art. 38 ust. 5 ustawy, skład orzekający Izby uznał, że zasadne jest unieważnienie przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego na podstawie przedłożonego na rozprawie zestawienia kosztów, gdyż zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania na podstawie przedłożonych rachunków.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*