

Sygn. akt: KIO/UZP 702/08

WYROK
z dnia 23 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pana Jacka Sztolcmana, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MEGA BRUK. Usługi w zakresie budownictwa drogowego. Jacek Sztolcman”, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, 40-017 Katowice, ul. Myśliwska 5** protestu z dnia 25.06.2008r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Pana Jacka Sztolcmana, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MEGA BRUK. Usługi w zakresie budownictwa drogowego. Jacek Sztolcman”, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1 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 uiszczzonego przez **Pana Jacka Sztolcmana, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MEGA BRUK. Usługi w zakresie**

**budownictwa drogowego. Jacek Sztolcman", 42-100 Kłobuck,
ul. Górnicza 1,**

- 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 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pana Jacka Sztolcmana, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MEGA BRUK. Usługi w zakresie budownictwa drogowego. Jacek Sztolcman", 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1.**

U z a s a d n i e

W dniu 18.06.2008r. Generalna Dyrekcja Dróg i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie odnów nawierzchni dróg krajowych w roku 2008 w technologii cienkich warstw na zimno ze wzmocnieniem i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 25.06.2006r. Pan Jacek Sztolcman, zam. 42-130 Wręczyca Wielka, ul. Prusa 26/12, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MEGA BRUK. Usługi w zakresie budownictwa drogowego. Jacek Sztolcman", siedziba zakładu głównego: 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1 (dalej: Odwołujący) – złożył protest (Zamawiający potwierdza wpływ faksu z treścią protestu w dniu 25.06.2008r.), który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 04.07.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 09.07.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego), wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, naruszył przepisy art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych) i par. 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. z dnia 24 maja 2006 r., dalej: Rozporządzenie), wobec czego wniósł o zmianę postanowień, zawartych w pkt 7.2.4 SIWZ.

Protest uzasadniono posługując się argumentem, iż warunek udziału w postępowaniu nie może wyróżniać niektórych spośród wykonawców. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zbyt szczegółowo określił rodzaje robót budowlanych, które uznaje za podobne do przedmiotu zamówienia, co utrudnia konkurencję, uniemożliwiając złożenie oferty niektórym firmom. Ponadto zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego, nie występują rodzaje robót wymienione przez Zamawiającego w pkt 7.2.4 SIWZ, lecz tylko roboty drogowe, roboty budowlano-montażowe itp.

Ponadto Odwołujący zakwestionował warunek udziału w postępowaniu polegający na realizacji wzmocnienia siatką wyłącznie stalową oraz warunek realizacji technologii cienkich warstw na zimno.

Zamawiający oddalając protest stwierdził, że określony przez niego warunek w zakresie doświadczenia zawodowego nie jest sprzeczny z Prawa zamówień publicznych, a rolą Zamawiającego jest takie opisanie warunku udziału w postępowaniu, aby możliwe było wyłonienie wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji zadań podobnych do przedmiotu postępowania.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał argumentację protestu, a ponadto wskazał na klasyfikację PKD, która może pełnić rolę pomocniczą przy klasyfikacji poszczególnych rodzajów działalności, za pomocą sekcji, działów, grup, klas i podklas. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie może żądać „zakresu doświadczenia w wymiarze przekraczającym rodzaje robót, określone w PKD”.

W odwołaniu Odwołujący wniósł o przeprowadzeniu dowodu ze SIWZ innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na okoliczność, że w innym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego określono w inny sposób.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego dotyczących warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiających złożenie mu konkurencyjnej oferty, nie jest możliwy jego udział w przetargu i udzielenie mu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu, podniesionego w proteście, a następnie podtrzymanego w odwołaniu, iż Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Izba stwierdziła, że nie jest on uzasadniony. Zamawiający określił w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego w sposób następujący:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował (zakończył) co najmniej 100 000 m² nawierzchni drogowych w technologii cienkich warstw na zimno, 100 000 m² nawierzchni drogowych w technologii betonu asfaltowego, 50 000 m² wzmocnienia nawierzchni siatka stalową.” (pkt 7.2.4 SIWZ i III.2).4) ogłoszenia).

Po analizie postanowień SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia, skład orzekający KIO stwierdził, że przedmiot zamówienia obejmuje m. in. wykonanie warstwy wiążącej, wyrównanie istniejącej nawierzchni masą do mikrodywanów na zimno, wykonanie warstwy ścieralnej w postaci mikrodywanu na zimno na całej szerokości jezdni. Przedmiot zamówienia został opisany szczegółowo w załącznikach technicznych do SIWZ (opisano zarówno metodę, jak i sprzęt, jakim należy się posługiwać i materiały).

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wybór technologii dokonał przed wszczęciem postępowania. Dokonując wyboru, kierował się własnym doświadczeniem - technologia cienkich warstw na zimno, już wcześniej przez niego stosowana, sprawdziła się.

Porównując wymogi Zamawiającego, opisane w pkt 7.2.4 SIWZ, odnośnie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, Izba stwierdziła, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował wymaganego zakresu ilościowego prac, lecz tylko określenie rodzaju robót - odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia - na zbyt wysokim stopniu szczegółowości.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wysokiego stopnia szczegółowości nie jest sprzeczne, wbrew stanowisku Odwołującego, z przepisami Prawa zamówień publicznych i aktów wykonawczych.

Na podstawie par. 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Zamawiający ma prawo wymagać wykazania się wykonaniem robót m.in. „odpowiadających rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”.

Użyte w tym kontekście przez ustawodawcę słowo „rodzaj” nie pokrywa się znaczeniowo z pojęciami wskazanymi przez Odwołującego (którymi posługuje się Prawo budowlane i Polska Klasyfikacja Działalności). Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko takich wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia. Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie (utrudni to uczciwą konkurencję), ani zbyt niskie (przez selekcję przeszluby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia). Zamawiający w sposobie określenia warunków udziału w postępowaniu nie jest związany przepisami ustaw szczegółowych (Prawa Budowlanego czy innych), może nawet używać języka potocznego – przy zastrzeżeniu jednak, że warunek zostanie opisany w sposób czytelny, tj. jasny i jednoznacznie zrozumiały dla uczestników postępowania (z założenia - profesjonalistów w danej branży). Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił warunki udziału w postępowaniu w sposób jasny i jednoznaczny, ale wg Odwołującego – zbytnio szczegółowo wskazano roboty, które Zamawiający uzna za podobne do przedmiotu zamówienia.

W przepisach Prawa zamówień publicznych nie określono jednak stopnia szczegółowości, z jakim zamawiający powinien opisać warunek udziału; stopień ten zależy od przedmiotu zamówienia i powinien być dostosowany do jego charakteru. Nie ulega wątpliwości, iż przy planowych pracach remontowych stopień szczegółowości w opisanu przez zamawiającego doświadczenia zawodowego może być bardzo wysoki, ponieważ wyłoniony w drodze postępowania wykonawca będzie ingerował w materię już istniejącą.

Analiza oprotestowanych przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu wskazuje, że wątpliwości co do zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych mogą budzić jedynie dwie kwestie poruszone przez Odwołującego:

- 1) wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji wzmocnień siatką stalową, w kontekście twierdzeń Odwołującego (str. 2 protestu), że technologia wzmocnienia nawierzchnią siatką innego rodzaju nie różni się od technologii wzmocnienia siatką stalową, co ma wpływ na naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do tego aspektu zarzutu podnoszonego przez Odwołującego, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał, iż sposób montażu siatki innego rodzaju jest na tyle podobny do sposobu montażu siatki stalowej, że wykazanie się wykonaniem prac w tym zakresie mogłoby świadczyć o realizacji zamówienia podobnego do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ oznaczony „D – 05.03.26 d” dokładnie opisał metodę wzmacniania siatką stalową, a Odwołujący nie opisał metody wzmacniania inną siatką (np. siatką z geowłókniny), zatem Izba nie mogła przyjąć za udowodnione twierdzeń Odwołującego, że metody te są podobne.

2) Zamawiający, wymagając wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonywaniu prac w technologii cienkich warstw na zimno eliminuje tym samym wykonawców posiadających doświadczenie „w budownictwie drogowym”, co skutkuje realizacją odnowienia nawierzchni przy pomocy mniej trwałej metody odnowy.

Odnosząc się do powyższego stwierdzenia Odwołującego, Izba stwierdziła, że nie jest ono uzasadnione.

Po pierwsze, rozszerzenie oczekiwań Zamawiającego wyłącznie do ogólnego doświadczenia w budownictwie drogowym, byłoby zbyt liberalnym określeniem warunku udziału w postępowaniu i nie prowadziłoby do dopuszczenia tylko takich wykonawców, którzy realizowaliby prace odpowiadające przedmiotowi zamówienia.

Po drugie, przedmiotem protestu nie był w istocie zarzut, że Zamawiający wybrał niewłaściwą technologię czy nie dopuścił zastosowania technologii równoważnych, nie wskazano w tym zakresie żadnych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, Odwołujący jedynie stwierdził, że określony w pkt 7.2.4 SIWZ warunek udziału w zakresie technologii szczególnego rodzaju ogranicza uczciwą konkurencję. Krajowa Izba Odwoławcza jednak uznała za zasadne odnieść się do tej kwestii (mimo że sposób opisu kwestionowanych rozwiązań nie wypełnia w całości warunków formalnych zarzutu, mogących stanowić podstawę protestu), ponieważ gdyby twierdzenia Odwołującego w tym zakresie uznane były za zasadne, to mogłyby to stanowić ewentualną okoliczność będącą podstawą unieważnienia postępowania z urzędu (art. 191 ust 3 zd. pierwsze w zw. art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych).

Rozpatrując powyższe zagadnienie, Izba stwierdziła, co następuje:

Nie jest przedmiotem sporu, iż w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi wykonanie odnowy nawierzchni w określonej technologii (cienkich warstw na zimno), Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych (pkt II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu), co nie było przedmiotem protestu. Tylko dopuszczenie składania oferty wariantowej (tj., zgodnie z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, takiej, która przewidywałaby zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez

Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego) mogłoby umożliwić zaproponowanie innej technologii, niż wymagana przez Zamawiającego – w konsekwencji czego, gdyby Zamawiający dopuścił składanie ofert wariantowych, a określenie warunku udziału w postępowaniu zawęził tylko do doświadczenia w realizacji technologii cienkich warstw na zimno, wówczas zarzut, że warunek jest określony nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia i w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, należałoby uznać za zasadny. Izba stwierdziła jednak, iż ograniczenie przedmiotu zamówienia do konkretnej technologii nie jest sprzeczne z Prawa zamówień publicznych, a w szczególności nie jest sprzeczne z art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - zabraniającym opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" - ponieważ przepis ten nie dotyczy technologii wykonania zamówienia. Zatem Zamawiający, skoro nie dopuścił składania ofert wariantowych, nie ma podstaw dopuszczać składania ofert proponujących technologię „równoważną” i dopuszczania do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji technologii „równoważnej” (w rozumieniu: technologia podobna, dająca podobny efekt), o ile na żadnym etapie postępowania odwoławczego nie wykazano, iż doświadczenie w realizacji innych technologii pozwala na satysfakcjonujące Zamawiającego wykonanie prac w technologii cienkich warstw na zimno.

Odwołujący nie wykazał, że warunki określone przez Zamawiającego ograniczają uczciwą konkurencję – przeciwnie, uznał na rozprawie za możliwe, że kilka firm budowlanych może takie doświadczenie posiadać, jednak zdaniem Odwołującego, kilka firm to niewiele, biorąc pod uwagę, że w branży budownictwa drogowego działa ich co najmniej kilkadziesiąt. Izba wobec powyższego stwierdziła, że w takich okolicznościach nie można stwierdzić naruszenia uczciwej konkurencji – nie można uznać bowiem, że szczególne, lecz dostosowane do przedmiotu zamówienia, wymagania Zamawiającego ograniczają uczciwą konkurencję.

W związku z podnoszonym przez Odwołującego aspektem ekonomicznym wybranej przez Zamawiającego technologii, wskazuje się, iż Krajowa Izba Odwoławcza bada wyłącznie ewentualne naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, których dopuścił się Zamawiający, i nie jest organem właściwym do oceniania celowości wydatkowania środków publicznych.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego, na okoliczność, iż Zamawiający w postępowaniu na „Rehabilitację nawierzchni DK-43 odc. Kłobuck - Częstochowa oraz

remont mostu nad rzeką Biała Oksza" (wniosek został rozszerzony na rozprawie o dokumentację postępowania na „Przebudowę skrzyżowania drogi krajowej nr 1 z drogą wojewódzką nr 789 w miejscowości Koziegłowy”) inaczej (szerzej) określił warunki udziału w postępowaniu, niż w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie. W kompetencji KIO nie mieści się porównywanie SIWZ z różnych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego; Izba bada, czy w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu prawa interes prawny wykonawcy poniósł uszczerbek w danym, konkretnym postępowaniu, co wobec zarzutów podniesionych w proteście ograniczało się do zbadania, czy warunki określone przez Zamawiającego w pkt. 7.2.4. SIWZ są adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Izba oddaliła również wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie przesłuchania Zamawiającego na okoliczność, ile firm w przeciągu ostatnich 5 lat wykonywało na rzecz Zamawiającego roboty zgodnie z pkt 7.2.4 SIWZ, odnośnik 1. Okoliczność ta w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, bowiem Zamawiający nie ogranicza swoich wymagań wyłącznie do doświadczenia w pracach wykonywanych na swoją rzecz, a doświadczenie w realizacji tej technologii można było zdobyć poza zasięgiem terytorialnym Zamawiającego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....