

WYROK
z dnia 14 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Członkowie: **Jolanta Markowska**
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Dorota Wítak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę – **Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, Rzeszów, ul. Legionów 20** protestu z dnia 7 października 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12 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 wykonawcę - **Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12,**

-
- 2) 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 wykonawcy - **Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś, Jarosław, ul. Pułaskiego 7/12.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie kompleksowego utrzymania drogi krajowej nr 19 Lublin-Rzeszów na odcinku Nisko-Rzeszów od km 417+110 do km 470+941 o długości 53,831 km oraz wykonanie robót awaryjnych na terenie działania Rejonu w Nisku w okresie trzech lat od daty zawarcia umowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2008 r. pod numerem 2008/S 158 – 213906.

Pismem z dnia 30 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – **Mieczysław Zaleśny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych ZOMIX** zwanego dalej Wykonawca ZOMIX.

Na powyższą decyzję protest wniósł w dniu 7 października 2008 r. wykonawca **Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś** zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 7 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej szczegółowych warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Rozdziale 1, pkt. 7.2.1 ppkt.2, pkt. 7.2.2 oraz pkt.7.2.5, a w konsekwencji przez zaniechanie czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania Wykonawcy ZOMIX.

Protestujący podniósł, iż złożona przez Wykonawcę ZOMIX polisa ubezpieczeniowa nie potwierdza spełnienia przez ww. Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału ekonomiczno – finansowego. Zdaniem Protestującego, Zamawiający nie wykluczając Wykonawcy z postępowania naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Ponadto w sposób rażący naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywając Wykonawcę pismem z dnia 25 września 2008 r. do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Protestującego, ww. przepis ma zastosowanie w sytuacji, kiedy Wykonawca nie złożył dokumentu lub złożył dokument zawierający błędy. Protestujący stwierdził, iż żadna z przytoczonych przesłanek nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Protestujący postawił również zarzut dotyczący nie wykazania przez Wykonawcę ZOMIX spełnienia warunku doświadczenia. Wskazał, iż Wykonawca ten wykazał,

3

że koordynował prace przy zimowym utrzymaniu dróg, nie załączając dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie. Zamawiający pismem z dnia 25 września 2008 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie powyższego warunku. Wykonawca w wyznaczonym terminie dołączył dokument wystawiony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie-Rejon w Nisku, z którego wynika, że Wykonawca ZOMIX koordynował prace przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych, polegające na zarządzaniu powierzonym sprzętem, rejestrowaniu i rozliczaniu czasu pracy sprzętu, przekazywaniu meldunków o stanie dróg oraz pełnieniu dyżurów. Załączony dokument, w ocenie Protestującego, nie stanowi potwierdzenia, że Wykonawca ZOMIX wykonywał na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowe usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg. Wynika z nich jedynie, że koordynował on prace przy zimowym utrzymaniu, które jak wynika z załączonych przez Wykonawcę dokumentów, nie polegały na wykonawstwie na drogach, zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Rozdział 1, pkt. 7.2.5 ppkt 1. Wobec powyższego, Zamawiający nie wykluczając Wykonawcy z postępowania naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o wykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawcy ZOMIX oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie odrzuconych.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 14 października 2008 r. (otrzymanym przez Protestującego w dniu 17 października 2008 r.) przez jego oddalenie w całości.

Zamawiający stwierdził, iż zakres prac świadczonych przez Wykonawcę ZOMIX na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Rejon Nisko zalicza się podstawowych prac zimowego utrzymania dróg, do których według Wytocznych Zimowego Utrzymania Dróg stanowiących załącznik do Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad dla danego sezonu zalicza się m. in.:

- działania organizacyjno-techniczne,
- działania profilaktyczne, w tym osłonę dróg przed zawiewaniem i obsługę meteorologiczną,
- prace porządkowe po sezonie zimowym.

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, bezzasadny jest zarzut dotyczący doświadczenia Wykonawcy ZOMIX i naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

4

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, miał on prawo wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem zarzut naruszenia ww. przepisu jest w ocenie Zamawiającego niezasadny.

Wobec powyższego, w dniu 20 października 2008 r. wykonawca Józef Babiś prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowa Dróg i Mostów - Józef Babiś

wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 7 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy ZOMIX, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie odrzuconych.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania o zamówienia publicznego przez Zamawiającego udzielenie przedłożoną oraz i stron złożone postępowania oświadczenia stanowiska odwoławczego na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej. W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, żaden wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, a żadna z ofert nie została odrzucona. Odwołujący złożył drugą z kolei, pod względem kryterium ceny (jedyne kryterium), ofertę, a zarówno w proteście, jak i w odwołaniu postawił zarzuty wobec oceny przez Zamawiającego oferty, która uzyskała pierwsze miejsce, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i obowiązek wykluczenia wykonawcy, który uzyskał pierwszą pozycję. Wskazał zatem na wszystkie przesłanki wymienione w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

5

Ocenie Izby podlegała prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Wykonawcę ZOMIX w zakresie spełniania warunku potencjału ekonomiczno – finansowego w części dotyczącej posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz warunku doświadczenia.

Zamawiający w Tomie I, Rozdziale 1, pkt 7.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postawił wymóg, aby wykonawcy wykazali się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, jaki Wykonawca będzie wykonywał w ramach niniejszego projektu, na równowartość co najmniej 1 000 000,00 zł. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, jaki będzie wykonywał.

Wykonawca ZOMIX złożył polisę wystawioną przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w dniu 28 maja 2008 r. o numerze 003207. Suma gwarancyjna wskazana w polisie to 50 000 zł. Pismem z dnia 25 września 2008 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie ww. warunku. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca ZOMIX przekazał kopię polisy wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w dniu 22 września 2008 r., w której suma ubezpieczenia wynosi 1 000 000 zł.

W związku z dokonaniem przez Zamawiającego wezwaniem Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła interpretacji ww. przepisu przez Odwołującego i uznała czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu za dokonaną prawidłowo. Izba stoi na stanowisku, iż zasadnym jest dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Zgodnie ze stanem prawnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy do ich

uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Brak takiego wezwania mógłby skutkować naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, bowiem wykonawca, który złożył dokumenty świadczące o braku spełniania warunku i który nie został wezwany do ich uzupełnienia zostałby wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

6

natomiast wykonawca, który nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wezwany do jego uzupełnienia. W związku z powyższym uznać należy, iż złożenie dokumentu wskazującego na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niewątpliwie bowiem Wykonawca w takiej sytuacji nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższa interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zgodna z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z dnia 16 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 69/07), wyrok z dnia 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 58/07), wyrok z dnia 21 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 814/08), wyrok z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 103/07), wyrok z dnia 30 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 4/08), wyrok z dnia 10 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1034/08).

Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się również zarzut dotyczący spełniania przez Wykonawcę ZOMIX warunku doświadczenia. Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się zrealizowaniem (zakończeniem) w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

- 1) wykonawstwa na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych usług z zakresu zimowego utrzymania dróg,
- 2) wykonawstwa na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych robót i usług z zakresu bieżącego utrzymania dróg w co najmniej 2 asortymentach,
- 3) wykonawstwa na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych robót i usług z zakresu bieżącego utrzymania mostów w co najmniej 2 asortymentach (Tom I, Rozdział 1, pkt 7.2.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia informacji o doświadczeniu Wykonawcy na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.5. Jednocześnie Zamawiający wymagał dołączenia dokumentów potwierdzających, że wymienione w informacji zadania/roboty zostały wykonane należycie (Tom I, Rozdział 1, pkt 8.2.6. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Wykonawca ZOMIX złożył na potwierdzenie spełniania warunku Formularz 3.5., w którym wykazał trzy usługi wykonane odpowiednio na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie oraz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie oraz dokumenty mające potwierdzać ich należyte wykonanie. W wyniku oceny oferty Wykonawcy ZOMIX Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca ten nie wykazał się doświadczeniem w wykonawstwie na drogach krajowych i wojewódzkich podstawowych usług z zakresu zimowego utrzymania dróg. Wobec powyższego, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia

7

stosownych dokumentów. Wykonawca ZOMIX dokonał uzupełnienia przekazując zmodyfikowany Formularz 3.5., w którym wykazał zadanie zrealizowane dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Do ww. Formularza Wykonawca dołączył Opinię referencyjną wystawioną w dniu 28 sierpnia 2008 r., w której Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie Rejon Nisko potwierdza, iż Wykonawca ZOMIX świadczył usługi w zakresie koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych. Zgodnie z treścią Opinii referencyjnej, w zakresie usług objętych zamówieniem Wykonawca ZOMIX zarządzał powierzonym sprzętem do zimowego utrzymania dróg, rejestrował i rozliczał czas pracy sprzętu, przekazywał meldunki o stanie dróg i prowadził niezbędne dokumenty obowiązujące w punkcie koordynacyjnym w Rejonie Nisko oraz pełnił dyżury w siedzibie Rejonu. Wystawiający referencje potwierdził również, że usługi koordynujące prace przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych „były wykonywane rzetelnie, terminowo i ściśle według planu operacyjnego ZUD”.

W ocenie Izby, użyte przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanie „z zakresu zimowego utrzymania dróg” oznacza, iż zadaniem wypełniającym wymagania Zamawiającego jest realizacja jakichkolwiek prac wchodzących w zakres działań mających na celu zimowe utrzymanie dróg. Powyższe wynika również z treści Zarządzenia Nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”. Zgodnie z pkt 1 Wytycznych „do zimowego utrzymania dróg zalicza się między innymi:

- działania organizacyjno – techniczne realizowane przez drogową służbę liniową lub przedsiębiorstwa wykonawcze,
- przygotowanie materiałów do usuwania śliskości (przez usuwanie rozumie się również zapobieganie),
- działania profilaktyczne, w tym osłonę dróg przed zawiewaniem, obsługę meteorologiczną itp.,
- usuwanie śniegu z dróg,
- usuwanie śliskości zimowej poprzez stosowanie topników do odładzania jezdni lub materiałów uszorstniających,
- prace porządkowe po sezonie zimowym”.

Niewątpliwie wymienione w złożonej przez Wykonawcę ZOMIX Opinii referencyjnej działania tj. zarządzanie sprzętem do zimowego utrzymania dróg, rejestrowanie i rozliczanie czasu pracy sprzętu, przekazywanie meldunków o stanie dróg, prowadzenie dokumentów obowiązujących w punkcie koordynacyjnym czy pełnienie dyżurów należy zaliczyć do usług

8

z zakresu zimowego utrzymania dróg. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W związku ze stwierdzeniem przez Izbę, że ocena przez Zamawiającego oferty Wykonawcy ZOMIX została dokonana prawidłowo, nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze fakt, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie 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).

9

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

10