Przedsiębiorstwo
Drogowo-Budowlane Sp. z o.o.
87-300 Brodnica, ul. Długa 27
tel. 056 498 27 10, tel./fax. 056 498 30 65
Sąd Rejonowy w Toruniu, KRS 0000172340
Kapitał zakładowy 314 000 PLN
NIP 874 14 78 153 Regon 871096310

Brodnica, dnia 11 maja 2009 r.

Szanowny Pan
Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Al. Szucha 2/4
00 – 582 Warszawa

ODWOŁANIE

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Drogowo – Budowlane Sp. z o. o.
ul. Długa 27, 87 – 300 Brodnica

Zamawiający: Gmina Bartniczka
ul. Brodnicka 8, 87 – 321 Bartniczka

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na „Przebudowę nawierzchni drogi gminnej nr 080609C Jastrzębie – Łaszewo" prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr post.: 341-3/04/09

Na podstawie art. 184 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej ustawą) składamy odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, otrzymanego w dniu 6 maja 2009 r.

Odwołujący podtrzymuje zarzuty podniesione w jego proteście, złożonym z powodu odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, tj.:

1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, mimo iż jej treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2) naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący podtrzymuje również swoje żądania, co do rozstrzygnięcia, tj.:

1) żąda unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2) żąda unieważnienia czynności Zamawiającego polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez „BUDOMOST" Spółka z o. o., Zaścianki ul. Szosa Baranowicza 37, 15 – 522 Białystok,
3) żąda ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Wykonawca jest legitymowany do złożenia odwołania, jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowej sprawie dokonanie przez Zamawiającego rozstrzygnięcia protestu w sposób naruszający przepisy ustawy, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, najtańszej ze wszystkich złożonych ofert i dokonanie wyboru oferty droższej, naruszyło interes prawny Odwołującego, wyrażający się w pozbawieniu możliwości zgodnego z prawem udzielenia zamówienia oraz uzyskania wiążących się z tym korzyści. Uwzględnienie odwołania powinno doprowadzić do wyboru jako

najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

UZASADNIENIE

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, iż oddala protest Odwołującego w całości, ponieważ: „doświadczenie Protestującego nie odpowiada swoim rodzajem (pojedyncze i podwójne powierzchniowe utrwalenie nawierzchni jezdni) zakresowi stanowiącemu przedmiot zamówienia polegający na czterokrotnym powierzchniowym utrwalaniu podłoża". Zdaniem Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada wymaganiom określonym w pkt. III.1.5 oraz III.2.2 d specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający twierdzi, że: „skoro w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi wykonanie czterokrotnego powierzchniowego utrwalania podłoża, zamówieniem odpowiadającym swoim rodzajem zakresowi przedmiotu zamówienia nie może być uznana jakakolwiek robota polegająca na wykonaniu pojedynczego czy też podwójnego powierzchniowego utrwalania podłoża". Tak więc, zdaniem Zamawiającego, stwierdzenie „odpowiadający swoim rodzajem" w niniejszym postępowaniu oznacza *de facto* tożsamość i identyczność pomiędzy doświadczeniem Wykonawcy, który musi udowodnić, że wykonywał czterokrotne powierzchniowe utrwalanie podłoża, a przedmiotem zamówienia, w którego zakres wchodzi taka właśnie czynność.

Odwołujący nie może zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, ze względu na przesłanki natury zarówno prawnej, jak i technicznej. Przede wszystkim Zamawiający zdaje się błędnie interpretować, w świetle ustalonej linii orzeczniczej, przepisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do doświadczenia Wykonawców, a ponadto Zamawiający wydaje się nie rozumieć kwestii technologicznych związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, co w rezultacie wpłynęło na błędne i niezgodne z przepisami ustawy

rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozdziale III pkt 1 ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający ustalił, że w przetargu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy udokumentują, iż w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością zakresowi stanowiącemu przedmiot zamówienia. Mimo pewnej nieprecyzyjności tak sformułowanego warunku (a także jego niezgodności z ustawą w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, poprzez stwierdzenie, że taki warunek musi spełnić co najmniej jeden podmiot) Odwołujący uznał, iż jego literalna interpretacja wskazuje, że Zamawiający za przedmiot weryfikacji w zakresie posiadanego doświadczenia przyjmuje wartość oraz rodzaj wykonanych zamówień, a więc w tym przypadku wartość oraz rodzaj robót budowlanych polegających na przebudowie nawierzchni drogi gminnej. Postawiony przez Zamawiającego warunek nie odnosi się zatem do technologii, która ma być użyta przy wykonaniu zamówienia, a jedynie wskazuje, że badane będzie doświadczenie Wykonawców polegające na przebudowie nawierzchni dróg.

Należy podkreślić, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą sformułowanie „odpowiadający swoim rodzajem" oznacza, że w przedmiotowej sprawie wykazywane roboty budowlane powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2953/06, dotyczący usług i dostaw).

Identyczne stanowisko przyjęła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 221/08) wskazując ponadto, że o uznaniu doświadczenia za odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia może decydować także przyporządkowanie do tej

samej grupy CPV. Wynika stąd, że wykazanie się doświadczeniem w przebudowie dróg jest wystarczające dla spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego, niezależnie od tego w jakiej technologii wykonano daną przebudowę. Zgodnie z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 517/08) oceniając doświadczenie Wykonawców należy odnieść się jedynie do rodzaju wskazanych robót budowlanych w ogólności, by uzyskać racjonalną pewność, iż Wykonawca, o ile jego oferta zostanie wybrana, będzie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zdaje się podzielać takie stanowisko, ponieważ sam wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 21/09, KIO/UZO 38/09, KIO/UZO 41/09), w którym KIO stwierdza: „ (...) chodziło o roboty budowlane (zamówienie) odpowiadające swoim rodzajem tym, które są przedmiotem zamówienia, a więc chodziło o roboty porównywalne z nimi". Porównywalność nie oznacza jednak identyczności. Na marginesie należy zauważyć, że przytoczony przez Zamawiającego, a także wskazany powyżej wyrok, nie do końca ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, ponieważ dotyczył robót budowlanych o różnej technologii, tzn. robót ziemnych, palowania i robót żelbetowych monolitycznych, co – w ocenie Odwołującego – stanowi inną sytuację faktyczną od przedmiotowej sprawy. Jeśli zamówienie dotyczy robót budowlanych o różnej technologii, to oczywiście należy podzielić stanowisko KIO, która trafnie stwierdziła, że: „robotami porównywalnymi z pewnością nie będą roboty budowlane, których przedmiotem jest jedynie część robót z katalogu określonego przez Zamawiającego". W przedmiotowej sprawie należy jednak uznać, iż zarówno poczwórne, jak i podwójne powierzchniowe utrwalenie podłoża są robotami budowlanymi o jednakowej technologii, zaś różnicę stanowi jedynie ilość powtórzeń pewnych czynności, które *summa summarum* składają się na zastosowaną technologię. Dlatego też Odwołujący twierdzi, że jego doświadczenie w zakresie wielokrotnego (a więc przynajmniej

dwukrotnego) powierzchniowego utrwalenia podłoża są porównywalne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że: „powierzchniowe utrwalenie poczwórne jest to czterokrotny sprysk emulsji asfaltowej średniorozpadowej, czterokrotne rozsypanie kruszywa sortowanego oraz zagęszczenie walcem gładkim poszczególnych warstw". Odwołujący jednak wskazuje, że dwukrotne powierzchniowe utrwalenie to dwukrotne skropienie podłoża warstwą emulsji asfaltowej, dwukrotne rozsypanie warstwy kruszywa oraz zagęszczenie walcem gładkim każdej warstwy. Takie rozumienie technologii powierzchniowego utrwalania nawierzchni znajduje swoje uzasadnienie w przytoczonym przez Odwołującego w proteście załącznikiem F – Naprawa zniszczeń powierzchniowych – Karta techniki 2 – Powierzchniowe utrwalenie „Katalogu wzmocnień i remontów nawierzchni podatnych i półsztywnych" opracowanego przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów w Warszawie z 2001 r., oraz w Polskiej Normie Nr PN-65 S-66033 – Powierzchniowe utrwalania nawierzchni drogowych.

Jeżeli nawet by przyjąć tak restrykcyjne stanowisko, jakie przedstawia Zamawiający, zgodnie z którym zakres robót składający się na doświadczenie Wykonawcy musi być tożsamy, identyczny z zakresem robót składających się na przedmiot zamówienia, to należałoby dojść do dość absurdalnego wniosku, że przykładowo Wykonawca posiadający doświadczenie w wykonaniu poczwórnego utrwalania nawierzchni drogowych (a więc technologii bardziej skomplikowanej w ocenie Zamawiającego), nie mógłby posłużyć się nim w przetargu na roboty budowlane polegających na podwójnym lub potrójnym utrwalaniu nawierzchni drogowych. Podkreślenia wymaga fakt, że technologia zażądana przez Zamawiającego nie stanowi dziś żadnej innowacji. Jest to technologia przestarzała, używana jednak ze względu na jej niskie koszty. Odwołujący posiada doświadczenie obejmujące bardziej zaawansowane technologicznie roboty budowlane związane z drogami. Należy przy tym pamiętać, że określanie warunków udziału w postępowaniu ma na celu

dopuszczenie do postępowania Wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu robót w większym zakresie i w technologii bardziej skomplikowanej niż wymagał tego Zamawiający jest spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca nie musi spełniać warunku dokładnie, w taki sposób jak określił to Zamawiający, ale musi posiadać **co najmniej** takie doświadczenie jak zostało określone w specyfikacji. Warunek określony przez Zamawiającego należy traktować jako minimalny zakres doświadczenia, jakim winien legitymować się Wykonawca, aby mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wykazanie się doświadczeniem przewyższającym ze względu na stopień skomplikowania technologicznego minimalne wymagania Zamawiającego należy traktować jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ dowodzi, że skoro Wykonawca zdołał wykonać bardziej skomplikowane zamówienie, to oczywistym jest, że daje rękojmię należytego wykonania zamówienia wymagającego zastosowania mniej skomplikowanej technologii.

W związku z powyższym warto przypomnieć twierdzenie Zamawiającego, wynikające z cytowanego wcześniej wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., zgodnie z którym należy kompleksowo „spojrzeć" na doświadczenie Wykonawcy. Odwołujący twierdzi, że posiada doświadczenie wystarczające na wykonanie przedmiotowego zamówienia, a wręcz niejednokrotnie je przewyższające.

Na końcu wypada wspomnieć, że Zamawiający mógł bardziej precyzyjnie skonstruować sporny warunek dotyczący doświadczenia Wykonawcy (np. tak, jak miało to miejsce w stanie faktycznym sprawy, w której wydano cytowany przez Zamawiającego wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 21/09, KIO/UZO 38/09, KIO/UZO 41/09). Ponadto należy podkreślić, że zgodnie z zasadami systemu zamówień publicznych Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ogólnych postanowień, w tym także ogólnie sformułowanych warunków podmiotowych, a wymaganie wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem

zamówienia byłoby złamaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2007 r. sygn. akt: KIO/UZP 1422/07). Nie można również nie wspomnieć o interesie samego Zamawiającego oraz dbałości o finanse publiczne, mając na uwadze fakt, iż oferta złożona przez Odwołującego była ofertą najtańszą, a oferta wybrana jako najkorzystniejsza była droższa o ok. 70 tys. zł.

Konstatując, wnosimy jak na wstępie odwołania.

Z poważaniem,

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRZEDSIĘBIORSTWA

Jan Koniczynski

Załączniki:

1) kopia protestu,
2) kopia rozstrzygnięcia protestu,
3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4) potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.