

Sygn. akt UZP/ZO/0-422/06

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 17 lutego 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Andrzej Niwicki**

Arbitrzy: **Krzysztof Antoni Madej**

Ewa Lidia Kustra

Protokolant **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17.02.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. Warszawa, ul. Robotnicza 11/13

od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**

Oddział w Warszawie, Warszawa, ul. Mińska 25

protestu z dnia 27 stycznia 2006 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.**
Warszawa, ul. Robotnicza 11/13

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 228 zł 59 gr**
(słownie: **trzy tysiące dwieście dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. Warszawa, ul. Robotnicza 11/13**

2) dokonać wpłaty kwoty **2 440 zł 00 gr**

(słownie: **dwa tysiące czterysta czterdzieści złotych zero groszy**)

przez **Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. Warszawa, ul. Robotnicza 11/13** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, Warszawa, ul. Mińska 25**

3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**

(słownie: **xxx**)

przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

4) dokonać zwrotu kwoty **1 445 zł 41 gr**

(słownie: **jeden tysiąc czterysta czterdzieści pięć złotych czterdzieści jeden groszy**)

z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warszawskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. Warszawa, ul. Robotnicza 11/13.**

3. Uzasadnienie

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego o oddaleniu protestu z dnia 27.01.2006r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu przetargowym na wykonanie

wzmocnienia poprzez przebudowę nawierzchni drogi krajowej zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu oraz niewykluczenie drugiego wykonawcy, pomimo, że wykonawcy ci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i nie złożyli dokumentów żądanych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania wymaganych warunków.

Podniósł, że wybrany wykonawca nie spełnił wymogu wiarygodności finansowej określonej w pkt 5.1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie wykazał się bowiem wskaźnikiem płynności bieżącej nie mniejszym niż 1. Brak jest w ofercie wyliczeń tego wskaźnika, brak jest też możliwości wyliczenia tego wskaźnika na podstawie złożonego bilansu wobec braku w nim pozycji „zobowiązania krótkoterminowe”. Do oferty nie załączono również wymaganych w pkt 6.4. (4) instrukcji, sprawozdań finansowych za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a załączone bilanse sporządzono w sposób sprzeczny z art. 46 ustawy o rachunkowości i załącznikiem Nr 1 do tej ustawy. W proteście i odwołaniu podniósł także, że wykonawca ten nie spełnił warunku dotyczącego potencjału kadrowego wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i określonego w pkt 5.2.1. SIWZ, przedstawił bowiem osoby, które są pracownikami innej firmy, a nie przedstawił jakiegokolwiek podstawy zatrudnienia i wykonywania prac przez wskazane osoby. Zarzucił przy tym oferentowi, że nie wykazał on, iż ma do dyspozycji osoby wskazane w Załączniku nr 2 do SIWZ „Potencjał kadrowy”. Ponadto wskazał, że wykonawca nie udokumentował zastosowania w wykazanych robotach drogowych na terenie Czech zastosowania recyklingu na miejscu metodą MCE, a także nie podał, że roboty te, wykonane były na drogach kategorii G lub odpowiadających tej kategorii.

W odniesieniu do drugiego wykonawcy podniesiono zarzuty niespełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego wobec braku doświadczenia zawodowego w wykonywaniu zadań z zakresu przebudowy i modernizacji poprzez wykonanie recyklingu na miejscu metodą

MCE przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika budowy. Odwołujący podniósł także, że wykonawca ten nie spełnił warunku dotyczącego potencjału sprzętowego wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i określonego w pkt 5.3. SIWZ, gdyż wykazał wśród posiadanego sprzętu 1 szt. walca wibracyjnego ciężkiego zamiast wymaganego minimum 2 szt. walców. Stwierdził, że w wykazie sprzętu wykonawca miał obowiązek przy każdym typie przewidzianego sprzętu w danej pozycji wykazu wskazać rodzaj sprzętu i nazwę producenta. Zamawiający nie przewidywał zamiennego użycia wskazanego sprzętu wymienionego w różnych pozycjach, co oznacza, że wykonawca dysponuje i wykazał w konkretnej pozycji zamiast 2 szt. walców stalowych 1 szt. tego walca. Zarzucił nadto wykonawcy brak wymaganego doświadczenia zawodowego, które miał udokumentować przez wykazanie realizacji co najmniej 3. zadań obejmujących wykonanie „przebudowy, modernizacji lub odnowy nawierzchni poprzez wykonanie recyklingu na miejscu metodą MCE i wykonanie warstw bitumicznych z betonów asfaltowych na drogach kategorii min. „G” na długości minimum 10 km”. Natomiast, jak wynika z ze złożonych dokumentów ofertowych, wymagania powyższe spełniają tylko dwa spośród wykazanych przez wykonawcę zadań, gdyż wśród pozostałych, jedno wykonane jest na krótszej długości drogi niż wymagana i nie został wykonany recykling na miejscu metodą MCE, a wykonawcą drugiego jest inne przedsiębiorstwo niż oferent, co wynika z opinii referencyjnych załączonych do protestu. Zamawiający winien zatem zbadać, czy informacje podane w ofercie są prawdziwe i ocenić je w świetle art. 22 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że oferta wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza spełnia wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ustawy Prawo zamówień publicznych. Potwierdzając, że w bilansie

wybranego wykonawcy wprowadzić nie ma informacji, które zobowiązania są krótko, a które długoterminowe, stwierdził, że gdyby nawet przyjąć sytuację niekorzystną z punktu widzenia wykonawcy, że wszystkie zobowiązania są krótkoterminowe, to i tak zostaje spełniony warunek bieżącej płynności nie mniejszy niż 1, tj. zgodny z wymogami SIWZ. Wskazał przy tym, że nie wymagał wyliczenia wskaźnika płynności finansowej, a podany w Specyfikacji wzór stanowił dla wykonawców informację, w jaki sposób dokonywał będzie ustalenia wysokości wskaźnika płynności. Uznał, że sprawozdania finansowe złożone przez wybranego wykonawcę stanowią potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Bilanse tego wykonawcy, mającego siedzibę w Wiedniu, sporządzone zostały zgodnie z przepisami austriackim w zakresie rachunkowości, a ustawodawstwa te /austriackie i polskie/ są zgodne z dyrektywami europejskimi odnoszącymi się do rachunkowości. Brak w bilansie austriackim pozycji „zobowiązania krótkoterminowe” nie może powodować wykluczenia z postępowania tego wykonawcy, gdyż stanowiłoby dyskryminację podmiotu ze względu na jego pochodzenie. Zamawiający podkreślił, że dane zawarte w sprawozdaniu finansowym są wystarczające do stwierdzenia spełnienia przez oferenta warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Zamawiający stwierdził także, że do oferty załączono wymagany przez SIWZ wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, a żądanie innych informacji w tym zakresie naruszałoby przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów /.../ (Dz.U. Nr 71, poz. 645). Wykonawca złożył poza tym oświadczenie, że dysponuje osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Analizując referencje wystawione przez inwestorów czeskich Zamawiający uznał, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu w zakresie zastosowania w wykonanych robotach metody MCE i wykazania wykonania recyklingu na miejscu na zimno i warstw z betonu ścieralnego, a roboty te zostały wykonane na drogach odpowiadających kategorii G, wg polskiej kwalifikacji.

Kwestionując zarzuty odwołania w stosunku do drugiego wykonawcy, Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia zawodowego osób wskazanych do wykonania zamówienia, gdyż wskazał osobę mającą doświadczenie w wykonaniu przynajmniej trzech wymaganych robót. Ocenił też, na podstawie wykazu sprzętu w załączniku nr 3, że wykonawca spełnia warunek w zakresie posiadania minimum 2 walców stalowych wibracyjnych, które wymienił w rozstrzygnięciu protestu. Stwierdził nadto, że wykonawca wykazał się zrealizowaniem jako strona umowy o roboty na drodze krajowej nr 50, co potwierdzają referencje zamawiających załączone do oferty. Wskazał, że odwołujący wskazując innego wykonawcę powołał się na roboty wykonywane przy budowie tej drogi w innych latach.

Zespół Arbitrów po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami wykonawców oraz wysłuchaniu stron działających przez pełnomocników ustalił i zważył, co następuje:

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący ma interes prawny w kwestionowaniu udziału w postępowaniu wykonawców, w stosunku do których podniósł zarzuty niespełnienia warunków udziału w tym postępowaniu, Zespół Arbitrów dokonał oceny dokumentacji ofertowej złożonej przez tych wykonawców. Jednocześnie Zespół Arbitrów uznaje, że interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej ma również wykonawca, który zaoferował cenę wyższą od tej, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bowiem ta ostatnia kwota ogłaszana bezpośrednio przed otwarciem ofert, może być przez Zamawiającego modyfikowana.

Jak wynika z dokonanych ustaleń, wybrany wykonawca jest przedsiębiorcą z siedzibą w Wiedniu. Złożone przez niego, a wymagane postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, sprawozdanie finansowe – bilans nie zawiera odrębnej informacji o wysokości zobowiązań krótkoterminowych. Okoliczność ta wskazuje, że zakres informacji zawartej w

sporządzonym bilansie nie jest tożsamy z wymaganiami zawartymi w art. 45 i 46 oraz załączniku nr 1 do ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694). Jednocześnie brak jest dowodu co do niezgodności tego bilansu z ustawodawstwem siedziby wykonawcy lub Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości, Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej oraz związanymi z nimi interpretacjami. Sam fakt odmienności złożonego sprawozdania finansowego nie powinien być, w ocenie Zespołu Arbitrów, podstawą wykluczenia wykonawcy, zwłaszcza, że nie ma podstaw do twierdzenia o niezgodności takiego sprawozdania z przepisem §1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. Nr 71, poz. 645). Powołany przepis upoważnia bowiem do żądania sprawozdania finansowego lub innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności, a odsyłając przy tym do przepisów o rachunkowości, nie przesądza o wyłączności polskiej ustawy. Uznając zgodność złożonego sprawozdania z przepisami prawa, oceny wymaga, czy informacje zawarte w tym dokumencie wystarczają do potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia w zakresie i na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Warunkiem postawionym przez Zamawiającego było wykazanie się wskaźnikiem płynności bieżącej nie mniejszym niż 1. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy brak jest danych co do wysokości zobowiązań krótkoterminowych, wyliczenie tego wskaźnika jest niemożliwe. Ocenę taką należy uznać za prawidłową, o ile celem wyliczenia jest uzyskanie konkretnej wielkości. W analizowanej sprawie jednak Zamawiający wymagał określonego minimum płynności bieżącej dopuszczając wielkości wyższe niż 1. Dokonane na podstawie danych z bilansu wyliczenie wskaźnika pokrycia zobowiązań bieżących (bez precyzowania czy są to zobowiązania krótkoterminowe, czy również pozostałe), a także z uwzględnieniem zobowiązań

z tytułu OC, przez majątek obrotowy (aktywa bieżące), dają pewność przekroczenia wymaganego wskaźnika w danym dniu bilansowym, co uznać należy za spełnienie wymogu SIWZ, niezależnie od oceny jego zasadności.

Za nieuzasadnione i niewynikające z postanowień SIWZ uznał Zespół Arbitrów stanowisko o konieczności wymagania od oferenta, by wykazał on rodzaj więzi prawnej z osobami, które wskazuje jako te, które wykonywać będą zamówienie w razie zawarcia umowy. Zdaniem Zespołu Arbitrów oświadczenie o potencjale kadrowym, zawarte w ofercie wykonawcy, zawierające sformułowanie „... do realizacji niniejszego zamówienia przewidujemy zatrudnić osoby...” w pełni wyczerpuje warunki postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

Oceniając przedstawione doświadczenie zawodowe wykonawcy, w tym rodzaj wykonywanych robót, stosowaną w tych robotach technologię i rodzaje dróg, na których prace były wykonywane niesporne jest, że oferent wykonał te prace z recyklingiem na miejscu. W toku postępowania Odwołujący nie udowodnił, że zastosowana metoda opisana w referencjach nie jest zgodna z wymaganą w SIWZ metodą MCE.

Kategorie dróg, na których prace były wykonywane z oczywistych względów mają odmienną od polskiej klasyfikację. W świetle przedstawionych dowodów należy uznać, że były to drogi główne, dla których w polskim systemie stosuje się oznaczenie „G”. Tym samym wybrany oferent nie uchybił wymogom podmiotowym określonym w SIWZ, co oznacza, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Niniejsza ocena może uzasadniać twierdzenie o braku interesu prawnego w kwestionowaniu udziału w postępowaniu drugiego wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, jednakże zważywszy, że wydanie orzeczenia nie jest, w świetle przepisu art. 182 ust. 2 Pzp, ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, Zespół Arbitrów ocenił zarzuty podniesione w stosunku do tego drugiego wykonawcy. Zawarty w załączniku do oferty wykaz sprzętu zawiera wymagany sprzęt, tak co do ilości, jak i rodzaju. Fakt umieszczenia jednostek sprzętu /walców/ w

różnych pozycjach wykazu może być uznany za uchybienie co do formy sporządzenia wykazu, nie oznacza jednak braku rzeczowego w stosunku do wymaganego postanowieniami Specyfikacji. Za udowodnione zostało nadto doświadczenie wykonawcy, który przedstawił wymagane dokumenty z referencjami z okresu wymaganego Specyfikacją mieszczącego się w okresach dopuszczonych przepisami powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zespół Arbitrów uznał za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego Pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 2440 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

Arbitrzy:

.....

¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.