

WYROK

z dnia 16 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bilfinger Berger Budownictwo Spółkę Akcyjną w Warszawie, Mostostal Puławy Spółkę Akcyjną w Puławach, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energopol-Szczecin Spółki Akcyjnej w Szczecinie, MOSTMAR Spółki Akcyjnej w Pietrzykowicach, Firma GOTOWSKI Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bilfinger Berger Budownictwo Spółkę Akcyjną w Warszawie, Mostostal Puławy Spółkę Akcyjną w Puławach, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bilfinger Berger Budownictwo Spółkę Akcyjną w Warszawie, Mostostal Puławy Spółkę Akcyjną w Puławach,

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bilfinger Berger Budownictwo Spółkę Akcyjną w Warszawie, Mostostal Puławy Spółkę Akcyjną w Puławach, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energopol-Szczecin Spółki Akcyjnej w Szczecinie, MOSTMAR Spółki Akcyjnej w Pietrzykowicach, Firma GOTOWSKI Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy kwotę 3 899 zł 86 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych, osiemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa mostu na Wiśle w m. Kamień wraz z budową dróg dojazdowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 49-080048. Wartość zamówienia jest większa, niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

22 czerwca 2012 r. zamawiający przesłał drogą elektroniczną informację o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie, MOSTMAR S.A. w Pietrzykowicach, Firma GOTOWSKI Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Sp. z o.o. w Bydgoszczy (dalej jako: „Konsorcjum Energopol-Szczecin”).

2 lipca 2012r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bilfinger Berger Budownictwo S.A. w Warszawie, Mostostal Puławy S.A. w Puławach, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w Zawierciu, których oferta została oceniona jako druga w kolejności, wnieśli odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum Energopol-Szczecin oraz zaniechanie czynności uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez ww. Konsorcjum, pomimo że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz osób;
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez nieuprawniony wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Energopol-Szczecin i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp, w powiązaniu z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Energopol-Szczecin do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz osób;

- z ostrożności: art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Energopol-Szczecin do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz osób.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności na wyboru oferty Konsorcjum Energopol-Szczecin jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Energopol-Szczecin z postępowania, i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o wezwanie Konsorcjum Energopol-Szczecin do uzupełnienia dokumentów, ewentualnie - z ostrożności procesowej - wezwanie do złożenia wyjaśnień.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że most wykonany w ramach inwestycji „Budowa drogi wojewódzkiej nr 627 od km 57+722 do km 60+ 778 wraz z budową mostu przez rzekę Bug oraz rozbiórką starego mostu” nie spełnia wymogu zamawiającego posiadania parametru długości co najmniej 400 m, bowiem w zadaniu tym był zrealizowany most, którego długość wynosiła 392,32m. Wobec powyższego, ani Konsorcjum Energopol-Szczecin, ani Pan Piotr Czyżewski wskazany na stanowisko kierownika budowy nie posiadają doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Zarzucił, że zamawiający winien wezwać Konsorcjum Energopol-Szczecin do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu, a w razie gdyby w wyniku uzupełnienia dokumentów warunki udziału nadal nie zostały spełnione, winien wykluczyć wykonawcę z postępowania oraz wybrać ofertę odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że ani z wykazu wykonanych robót, ani z referencji nie wynika, jaka była faktyczna długość mostu wykazanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wywiódł, że wykaz prac przedstawianych na wykazanie spełniania warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia, nie może budzić jakiegokolwiek wątpliwości, co do jednoznacznego spełniania przez wykonawcę warunku. Zarzucił, że niedopuszczalny jest brak wyjaśnienia przez zamawiającego informacji w zakresie faktycznej długości mostu, którego wybudowaniem wykonawca się wykazuje.

Konsorcjum Energopol-Szczecin z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpiło do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem posiedzenia zamawiający – w pisemnym oświadczeniu z 10 lipca 2012r. uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Przystępujący pismem z 12 lipca 2012r. wniósł sprzeciw wobec co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów

przedstawionych w odwołaniu. Stosownie do art. 186 ust. 4 Pzp, wobec nie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Sporne wymaganie w zakresie wiedzy i doświadczenia stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia zamawiający ustalił w pkt III.2.1)2.1) ogłoszenia o zamówieniu - zmienionego ogłoszeniem nr 2012/S 70-115216 z 11 kwietnia 2012r. oraz w pkt V.2.1. lit. a tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zmienionej odpowiedzi z 6 kwietnia 2012r. Wymagał wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie robót - budowlanych obejmujących budowę obiektu mostowego o konstrukcji stalowej lub zespolonej o długości co najmniej 400 m i rozpiętości min. 1 przęsła min. 50 m.

Analogiczne wymaganie stawiane osobie przewidzianej na stanowisko kierownika budowy zamawiający ustalił w pkt III.2.1)2.2) ogłoszenia o zamówieniu, zmienionego ogłoszeniem nr 2012/S 70- 115216 z 11 kwietnia 2012r. i pkt V.2.2 lit. a tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmienionej odpowiedzi z 6 kwietnia 2012r.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani było do złożenia wraz z ofertą wykazów wskazujących roboty budowlanych z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania. W celu wykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wzorem wykazu wykonawcy zobligowani byli w kol. 3 do wskazania, m.in. konstrukcji obiektu mostowego, długości i rozpiętości przęsła oraz do załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone

Konsorcjum Energopol-Szczecin w złożonym wykazie wykonanych robót wykazało inwestycję mostową wykonaną w ramach zadania „Budowa drogi wojewódzkiej nr 627 na odc. od km 57+722 do km 60+ 778 wraz z budową mostu przez rzekę Bug oraz rozbiórką starego mostu”, w ramach której wykonano: „Most o konstrukcji stalowej, długość co najmniej 400m, rozpiętość min. jednego przęsła min. 50m”. Na potwierdzenie, że robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz terminowo ukończona Konsorcjum Energopol-Szczecin przedstawiło referencję z dnia 21stycznia 2011r. wystawioną przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich.

Na stronie 2 referencji (str.62 oferty Konsorcjum Energopol-Szczecin) w pkt II. Budowa mostu przez rzekę Bug znajduje się stwierdzenie, że roboty przygotowawcze obejmowały m.in. wytyczenie osi mostu 0,404 km.

Konsorcjum Energopol-Szczecin w celu wykazania warunku dysponowania osobą kierownika budowy wskazało Pana Pawła Czyżewskiego, który wymagane doświadczenie nabył uczestnicząc w budowie omawianego mostu na rzece Bug.

Opis przedmiotu zamówienia w zakresie długości mostu wskazuje w pkt 3.1 – branża mostowa, że przedsięwzięcie obejmuje budowę mostu drogowego niskowodnego o długości całkowitej: $L_c=1026,6\text{m}$ (wzdłuż płyty), $L_s=1039,9\text{m}$ (w końcach skrzydeł).

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą specyfikacji technicznych oraz przedmiarów robót. W specyfikacji technicznej D-M 00.00.00 Wymagania ogólne, w pkt 1.4. Określenia podstawowe, zamawiający stwierdził, że użyte w szczegółowych specyfikacjach technicznych wymienione poniżej określenia należy rozumieć następująco: 1.4.3. długość mostu – odległość między zewnętrznymi krawędziami pomostu (...).

Taka sama definicja długości mostu znajduje się w specyfikacji technicznej dotyczącej budowy mostu na rzece Bug - D-M 00.00.00 Wymagania ogólne w pkt 1.4.

Na stronie 7 projektu opisowego mostu na rzece Bug znajduje się stwierdzenie, że jego długość całkowita L_c wynosiła – 392,32m. Z części rysunkowej projektu wykonawczego – branża mostowa rysunek ogólny mostu wynika, że posiada on długość całkowitą pomostu – 392,32, zaś z uwzględnieniem skrzydeł 404 m.

We wniosku o dofinansowanie projektu w ramach którego wybudowano most przez rzekę Bug wskazano, że długość całkowita wynosi 392 m.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów z przywołanych dokumentów. Złożone przez odwołującego i przystępującego artykuły z prasy branżowej Izba uznała za twierdzenia stron.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu poniesieniem szkody związanej z utratą ekspektatywy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Konsorcjum Energopol-Szczecin w wykazie wykonanych robót nie wskazało jednoznacznie długości wykonanego mostu, ani długości przęsła. Okoliczność ta nie może stać się podstawą uwzględnienia odwołania. Nie jest wszak sporne między stronami, że wybudowany przez Konsorcjum Energopol-Szczecin most na rzece Bug posiada długość całkowitą mierzoną między zewnętrznymi krawędziami pomostu 392,32 m. Długość mostu mierzona wzdłuż osi, przy uwzględnieniu przyczółków, wynosi 404 m.

Przedmiot sporu stanowi ocena, czy most o przywołanych parametrach odpowiada wymaganiu zamawiającego wykonania obiektu mostowego o długości minimalnej 400m.

Izba zważyła, że zamawiający opisując - w pkt V.2.1. lit. a tiret pierwsze oraz w pkt V.2.2 lit. a tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia - warunki udziału w postępowaniu użył pojęć „obiekt mostowy” oraz „długość obiektu mostowego” bez ich dookreślenia.

Pojęcie „obiekt mostowy” posiada definicję legalną. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz.735) stanowi w § 3.pkt 1, że obiekt mostowy to budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakada, kładka.

Pojęcie „długość obiektu mostowego” nie posiada jednolitej definicji. Wyniki postępowania dowodowego nakazują przyjęcie, że w branży projektowania i budownictwa, funkcjonują co najmniej dwa określenia – długości mierzonej między zewnętrznymi krawędziami pomostu oraz długości mierzonej wzdłuż osi obiektu. W drugim przypadku uwzględnia się długość pomostu oraz elementów tworzących wraz z pomostem całość funkcjonalno użytkową - obiekt mostowy – zatem, w okolicznościach sporu, długość mierzoną między zewnętrznymi krawędziami pomostu wraz z długością skrzydeł.

W takiej sytuacji posługiwanie się pojęciem długości mostu – jako długości mierzonej między zewnętrznymi krawędziami pomostu – w dokumentach w związku z budową mostu przez rzekę Bug oraz w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 lutego 2005r. w sprawie sposobu numeracji i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom (Dz.U. Nr 57, poz. 582) nie może przesądzić o wykładni warunku udziału w badanym postępowaniu.

Art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą projektu budowlanego, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Natomiast art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia.

Rację ma odwołujący twierdząc, że wymienione dokumenty stanowią integralną całość.

Twierdzenie to nie prowadzi jednak do przyjęcia, dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, definicji długości mostu zawartej w pkt 1.4.3. specyfikacji technicznej, skoro między opisem zawartym w specyfikacji oraz specyfikacji technicznej istnieje niespójność, polegająca na dodatkowym wskazaniu długości mostu z uwzględnieniem długości skrzydeł.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że definicja długości mostu użyta w specyfikacji technicznej winna w badanym postępowaniu znajdować zastosowanie przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w części wstępnej specyfikacji definicja ta znajduje zastosowanie w odniesieniu do szczegółowych specyfikacji technicznych – zatem wyłącznie do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego dla potrzeb jego wyceny i realizacji. W konsekwencji definicja zawarta w specyfikacji technicznej, na etapie badania i oceny ofert, powinna odnosić się do oceny oferty - badania zobowiązania wykonawcy. Natomiast dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu stosować się winno w pierwszym rzędzie opis przedmiotu zamówienia dokonany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro – w okolicznościach sporu - opis zawiera dwa określenia długości mostu stanowiącego przedmiot zamówienia, to w razie wątpliwości – wobec braku jednoznacznych wskazań zamawiającego - zgodnie z jednolitym stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Izby znajdującym potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych, należy stosować wykładnie względniejszą dla wykonawcy. Poglądowi temu Izba dała wyraz m.in. w powołanym przez przystępującego orzeczeniu z 25 czerwca 2010 r., KIO 1158/10.

Interpretacja dokonana przez odwołującego prowadzi tymczasem do zawężenia wymagań zamawiającego. Dostrzeżenia też wymaga, że konsekwentne przyjęcie poglądu odwołującego, iż do interpretacji warunku udziału w postępowaniu stosuje się wyłącznie definicję wskazaną w specyfikacji technicznej - prowadziłoby do przyjęcia, że zamawiający oczekiwał wykonania wyłącznie mostu. Tymczasem zamawiający oczekiwał wykazania obiektu mostowego, którego definicja ustawowa ma charakter taksatywny i wskazuje przykładowo wiadukt, estakadę, kładkę.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego uwzględniając koszty wynagrodzenia i dojazdu na posiedzenie pełnomocnika przystępującego zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2) oraz § 3 pkt 2 lit. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: