

Sygn. akt: KIO/UZP 1787/09

WYROK

z dnia 16 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Jolanta Markowska Agata Mikołajczyk
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” sp. z o.o., 30 – 109 Kraków, ul. Salwatorska 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Chrzanów, 32 – 500 Chrzanów, Aleja Henryka 20** protestu z dnia 12 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Eurovia Polska S.A. (lider konsorcjum), Mosty Chrzanów sp. z o.o., POLDIM S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum 55 – 040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” sp. z o.o., 30 – 109 Kraków, ul. Salwatorska 14** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” sp. z o.o., 30 – 109 Kraków, ul. Salwatorska 14;**
- ~~2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx złotych xxx groszy) przez xxx na rzecz Konsorcjum firm: xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” sp. z o.o., 30 – 109 Kraków, ul. Salwatorska 14.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Chrzanów, Aleja Henryka 20, 32-500 Chrzanów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę obwodnicy ptn.- wsch. Chrzanowa” - etap II”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 września 2009 r. pod numerem 2009/S 176-253565.

Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2009 roku poinformował, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez Konsorcjum firm: Eurovia Polska S.A. - jako lider, z siedzibą Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce oraz partnerzy: Mosty Chrzanów sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Krocymiech 28, 32 - 500 Chrzanów i Poldim S.A. z siedzibą przy ul. Kochanowskiego 37a, 33 -100 Tarnów (zwane dalej „Konsorcjum”).

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL spółka z o.o., ul. Salwatorska 14, 30 -109 Kraków i pismem z dnia 12 listopada 2009 roku wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez udział w postępowaniu Wykonawcy składającego na potrzeby tegoż postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w zakresie posiadanego doświadczenia.
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż Oprotestowane Konsorcjum posiada niezbędne doświadczenie i przedłożyło dokumenty potwierdzające spełnianie powyższych warunków,
- 4) art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Oprotestowanego Konsorcjum za najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy Wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

Zdaniem Protestującego, dokonany przez Zamawiającego wybór stanowi naruszenie szeregu przepisów Prawa zamówień publicznych, a polega przede wszystkim na błędnym przyjęciu przez Zamawiającego, że Konsorcjum, którego oferta została wybrana, posiada niezbędne doświadczenie do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz że Wykonawca ten przedłożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków stawianych w SIWZ.

Tymczasem, wbrew powyższemu, błędnemu założeniu, oprotestowane Konsorcjum nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie konieczności wykazania, iż Wykonawca: „posiada doświadczenie - w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał:

- a) co najmniej jedną robotę według warunków „zaprojektuj i wybuduj” polegająca na budowie lub przebudowie drogi klasy co najmniej Z, długości co najmniej 2 km oraz
- b) co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie co najmniej 1 obiektu inżynierskiego (most lub wiadukt).” (tak - rozdział VII Punkt 2 .2 a-b) - strona 6 SIWZ).

W związku z powyższym Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum,
- 2) wykluczenie oferty Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznanie oferty tegoż wykonawcy za odrzuconą,
- 3) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zasad określonych art. 91 Prawa zamówień publicznych oraz z pominięciem oferty wykluczonego wykonawcy - Konsorcjum.

Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 16 listopada 2009 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum firm: Eurovia Polska S.A. - jako lider, z siedzibą Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce oraz partnerzy: Mosty Chrzanów sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Krocymiech 28, 32 - 500 Chrzanów i Poldim S.A. z siedzibą przy ul. Kochanowskiego 37a, 33 -100 Tarnów.

Zamawiający pismem z dnia 17 listopada 2009 roku protest oddalił.

W odpowiedzi na zarzuty podnoszone przez Protestującego w zakresie posiadanego przez Konsorcjum doświadczenia wykazanego w załączniku nr 4 do oferty Zamawiający wskazują, iż dotyczą one zadania wykonanego w ramach przetargu ogłoszonego przez ZDW Kraków dnia 1.08.2006 r. - znak sprawy ZP1VIII/2006, który przewidywał złożenie oferty wariantowej na wykonanie zadania związanego z „Budową obwodnicy Starego Sącza” w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, co potwierdzają referencje wydane przez ZDW nr DN-4/93/2009, a nie jak podnosi Protestujący zadania prowadzonego przez ZDW o nr ZP10IV/06, które w toku dalszego postępowania zostało unieważnione, jak również wskazywane w piśmie protestacyjnym referencje o nr DN 1/73/2008 nie były dołączone do oferty ani nie były wykazywane w załączniku nr 4 przez Oprotestowane Konsorcjum.

Jednocześnie zarzut dotyczący niespełnienia wymogu Konsorcjum w świetle zapisu SIWZ w zakresie wykonania przebudowy drogi, co najmniej klasy Z (zapis VII.2.2a SIWZ), oraz w związku z odpowiedzią jakiej udzielił Zamawiający 26.10.2009r. „z referencji powinno jasno wynikać spełnienie podanego przez Zamawiającego warunku w SIWZ w cz.VII.2.2.a.” nie stanowi w ocenie Zamawiającego naruszenia. Oprotestowane Konsorcjum wykazało w swej ofercie dokument (pismo nr GDDKiA O/KR/R-I/RJ/4983/09 z dnia 28 maja 2009 r.), potwierdzające, iż zrealizowana przez POLDIM S.A. robota stanowi przebudowę w świetle art. 3 ust. 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 1994 Nr 89 poz. 414).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 27 listopada 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. Art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez dopuszczenie do udziału i w konsekwencji do wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę który z uwagi na złożenie na potrzeby tegoż postępowania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, w zakresie posiadanego doświadczenia podlegał obligatoryjnemu wykluczeniu.
3. Art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż wybrany Wykonawca posiada niezbędne doświadczenie, jak też, iż przedłożył dokumenty potwierdzające spełnianie powyższych warunków,

4. Art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Wybranego Wykonawcy za najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy Wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

Podtrzymując argumentację jak w proteście wniósł o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wybranego Wykonawcy.
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonanie bezpodstawnie zaniechanej czynności wykluczenia oferty wybranego Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznanie oferty tegoż wykonawcy za odrzuconą.
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zasad określonych art. 91 Prawa zamówień publicznych oraz z pominięciem oferty wykluczonego wykonawcy - Wybranego Wykonawcy.
4. Zwrot kosztów postępowania wraz z kosztami reprezentacji przez pełnomocnika w wysokości określonej według norm prawem przepisanych.

Dnia 19 stycznia 2010 roku Konsorcjum firm: Eurovia Polska S.A. - jako lider, z siedzibą Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce oraz partnerzy: Mosty Chrzanów sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kroczymiech 28, 32 - 500 Chrzanów i Poldim S.A. z siedzibą przy ul. Kochanowskiego 37a, 33 -100 Tarnów zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale VII ust. 2 pkt 2 postawił warunek udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia, jakim musi legitymować się wykonawca, by oferta jego mogła podlegać ocenie pod względem kryteriów oceny ofert. Warunek brzmi następująco, cyt. *„(...) posiadają doświadczenie – w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej jedną robotę wg. Warunków „zaprojektuj i wybuduj” polegającą na budowie lub przebudowie drogi klasy, co najmniej Z, długości co najmniej 2 km oraz co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie co najmniej 1 obiektu inżynierskiego (most lub wiadukt).”*.

Na potwierdzenie tak skonstruowanego warunku Zamawiający żądał przedstawienia wykazu wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane należycie, wg. wzoru określonego załącznikiem Nr 4 do s.i.w.z.

Przystępujący, do oferty załączył wykaz wykonanych robót, w którym w poz. 1 wskazał na inwestycję polegającą na budowie obwodnicy Starego Sącza wg. warunków zaprojektuj i wybuduj realizowaną w okresie od XII 2006 do V 2008 r., gdzie zlecającym (Zamawiającym) był Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, a wartość zamówienia wyniosła 53 919 931,25 zł.

Drugą inwestycją, mającą potwierdzać spełnienie warunku doświadczenia była inwestycja wskazana w poz. 6 wykazu wykonanych robót. Przedmiotem tego zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót związanych z odnową nawierzchni DK 79 Piotrowice-Kraków, dł 16,189 km, w okresie od IV 2005 do X 2005 r., gdzie zlecającym (Zamawiającym) była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, a wartość inwestycji wyniosła 19 525 722,45 zł.

Do wykazu wykonanych robót Przystępujący załączył:

- 1) Referencje Nr DN-4/93/2009 wydane przez ZDW w Krakowie, w których wystawiający poświadczył, iż Mosty Chrzanów sp. o.o. w ramach umowy konsorcyjnej wykonała następujące zadanie „budowa obwodnicy Starego Sącza” zgodnie z umową Nr 146/2006/ZDW z dnia 16 października 2006 roku. Ponadto ZDW w Krakowie stwierdził, iż przedmiotowa inwestycja była realizowana wg. warunków zaprojektuj i wybuduj,
- 2) Pismo GDDKiA Oddział w Krakowie kierowane do POLDIM S.A. z siedzibą w Tarnowie zaświadcza, iż POLDIM S.A. w terminie od 12 kwietnia 2005 roku do 15 października 2005 roku zaprojektowała i wykonała roboty budowlane związane z odnową nawierzchni drogi krajowej Nr 79 Piotrowice – Kraków na odcinkach (...),
- 3) Pismo GDDKiA Oddział w Krakowie kierowane do POLDIM S.A. z siedzibą w Tarnowie o treści następującej, cyt. „W odpowiedzi na pismo zn. POLDIM/DO/462/09 z dn. 26 maja 2009 r. informuję, że przebudowany odcinek drogi krajowej nr 79 jest drogą klasy „G”, a wykonana „odnowa” była w rozumieniu art. 3 ust. 7a ustawy Prawo budowlane „przebudową”.

W związku z powyższym, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut Odwołującego donoszący się do inwestycji wskazanej w wykazie wykonanych robót w pozycji 1 „Budowa obwodnicy Starego Sącza wg warunków zaprojektuj i wybuduj”, Izba uznała za zasadny.

Na rozprawie Przystępujący potwierdził, iż wyżej wskazana inwestycja realizowana była zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego. Pojęcie programu funkcjonalno – użytkowego ustawodawca przybliżył w ust. 3 art. 31, zgodnie z którym program musi zawierać opis zadania budowlanego z podaniem przeznaczenia ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Ponadto zakres i forma programu funkcjonalno – użytkowego została szczegółowo opisana w rozdziale 4 rozporządzenia wykonawczego do art. 31 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba, oceniając powyższy zarzut, zwróciła uwagę, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotycząca budowy obwodnicy Starego Sącza ZP1VIII/2006 z dnia 1 sierpnia 2006 roku opracowana przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, zawierała opis przedmiotu zamówienia nie wskazujący, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót, tzw. systemem „zaprojektuj i wybuduj”. Powyższe potwierdził przystępujący, udzielając wyjaśnienia, iż mimo tego, że Zamawiający opracował dokumentację projektową, która została przekazana mu w celu realizacji przedmiotu zamówienia, to dzięki możliwości złożenia oferty wariantowej, dopuszczonej przez Zamawiającego s.i.w.z. uznał, iż zamówienie to przyjęło charakter zamówienia w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Powyższe wywodził z faktu, iż samodzielnie zmuszony był do przeprojektowania elementu inwestycji, dotyczącej drogi. Na potwierdzenie powyższego załączył do akt sprawy projekt wykonany przez p. mgr inż. Jarosława B. – posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej wraz z decyzją wojewody małopolskiego z dnia 31 lipca 2007 roku o Nr 40/07 zmieniająca decyzję Nr 18/06 z dnia 9 marca 2006 roku znak: RR.IV.MJ.7111-1-4-06 w części dotyczącej zmiany niwelety drogi, zmiany konstrukcji wiaduktów łukowych, zmiany konstrukcji nasypu z gruntu zbrojonego, zmiany konstrukcji wsporczej odcinka linii SN 15kV LPN PKP. Decyzją powyższą wojewoda małopolski zatwierdził projekt budowlany w zakresie jw.

W ocenie Izby, interpretacja dokonana przez Przystępującego jest błędna. Należy bowiem odróżnić możliwość złożenia oferty wariantowej, która z definicji wynikającej z przepisu art. 2 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych rozumiana jest jako możliwość złożenia oferty przewidującej, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego od charakteru przedmiotu zamówienia które realizowane jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie robót budowlanych.

Ta istotna różnica powoduje, iż nie można oferty wariantowej utożsamiać z przedmiotem zamówienia opisanym jako system „zaprojektuj i wybuduj” i odwrotnie, przedmiot zamówienia opisany jako system „zaprojektuj i wybuduj” nie może być utożsamiany z możliwością złożenia oferty wariantowej.

Element inwestycji, który Przystępujący samodzielnie przeprojektował nie może stanowić o tym, iż cała inwestycja była realizowana w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Powyższe, wynika również w umowy o roboty budowlane w sprawach zamówień publicznych 146/2006/ZDW z dnia 16 października 2006 roku, która w swojej treści

potwierdza, iż cyt. „*Biorąc pod uwagę, że zamawiający złożył zamówienie (...) na wykonanie przez wykonawcę robót budowlanych (...) zwanych dalej „robotami”, oraz że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy na realizację i zakończenie tych robót i usunięcie ujawnionych w nich wad (...). Zamawiający, niniejszą umową zobowiązuje się wobec wykonawcy do dokonania wymaganych czynności związanych z przygotowaniem robót w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia dokumentacji projektowej (...).*”. Skoro zatem Zamawiający zobowiązał się do przekazania m.in. dokumentacji projektowej, to z całą pewnością, przedmiotowa inwestycja nie była realizowana w systemie „zaprojektuj i buduj”. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 31 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, z którego wynika, iż Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Tym samym ustawodawca rozróżnił, przez sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, dwa rodzaje procedur przetargowych na roboty budowlane, na tzw. „klasyczną” wynikająca z przepisu art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie na zamawiającym spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej oraz na wynikającą z przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp procedurę w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, w której to z kolei na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia m.in. dokumentacji projektowej.

Argumentacja powyższa, poparta dowodami Odwołującego, załączonymi do odwołania w pełni odzwierciedla prawidłowość stanowiska przyjętego przez skład orzekający Izby.

Odnosząc się zaś do drugiego z zarzutów kierowanych do Zamawiającego w odniesieniu do oferty Przystępującego, w ocenie Izby są one niezasadne.

Przystępujący wskazując na inwestycję z poz. 6 wykazu wykonanych robót określił, iż polegała ona na zaprojektowaniu i wybudowaniu robót związanych z odnową nawierzchni DK 79 Piotrowice – Kraków o długości 16,189 km.

W związku z tym, iż Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu posłużył się sformułowaniem „budowie lub przebudowie” Przystępujący do „referencji” załączył pismo z GDDKiA Oddział w Krakowie, gdzie ówczesnie zlecający wykonanie tych robót zdefiniował, iż wykonana odnowa była w rozumieniu art. 3 ust. 7a ustawy Prawo budowlane „przebudową”.

Izba zwróciła uwagę na fakt, iż w momencie zlecenia wykonania przedmiotowych robót, jak i w chwili ich wykonywania obowiązywała ustawa Prawo budowlane, w której nie

znajdowała się definicja legalna pozwalająca na przyporządkowanie wykonanych robót do odpowiedniego sformułowania w niej zawartego. Dopiero art. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.163.1364) zmieniający ustawę z dnia 26 września 2005 roku został wprowadzony przepis art. 3 pkt 7a w następującym brzmieniu, cyt. *„Ilekroć w ustawie jest mowa o przebudowie – należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego”*.

W ocenie Izby niemożliwość wcześniejszego sklasyfikowania czynności wykonywanych w ramach przedmiotowego zamówienia, z uwagi na okoliczność, iż przepisy takiej legalnej definicji nie zawierały, upoważniają Zamawiającego, który najlepiej orientuje się w przedmiocie zamówienia, jaki był realizowany, do doprecyzowania do obecnie obowiązujących przepisów. W tym też względzie Izba w pełni popiera stanowisko Przystępującego, dodatkowo podnosząc, iż z pisma GDDKiA Oddział w Krakowie z dnia 7 stycznia 2010 roku, zgłoszonego przez Przystępującego, jako dowód w sprawie jasno i precyzyjnie wynika, iż *„Odnowa” odcinków drogi polegała na przebudowie parametrów użytkowych drogi oraz wzmocnieniu jej konstrukcji z istniejącego obciążenia ruchem dla kategorii ruchu KR 3 na obciążenie ruchem dla kategorii KR 4 w granicach istniejącego pasa drogowego. Po wykonaniu przebudowy podniesione zostały parametry obciążenia ruchem z 80 kN/oś do 100 kN/oś*.

Skoro zatem, ówczesny zamawiający stwierdził, iż w wyniku wykonanych czynności zostały zmienione parametry użytkowe drogi, to z całą pewnością przedmiotowa robota odpowiada legalnej definicji przebudowy, określonej w przepisie art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane. Bez znaczenia, w ocenie Izby pozostaje czy została ona wcześniej inaczej nazwana, gdyż to charakter robót oraz ich zakres winien charakteryzować rodzaj wykonanej roboty, a nie jej nazwa.

Rekapitulując, Izba pomimo uznania zarzutu dotyczącego budowy obwodnicy Starego Sącza za zasadny, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp postanowiła odwołanie oddalić, gdyż nie potwierdził się zarzut dotyczący poz. 6 wykazu wykonanych robót.

Wskazując bezpośrednio na zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba popiera stanowisko Przystępującego, iż aby ziściła się dyspozycja tego przepisu konieczne jest spełnienie przesłanki dotyczącej wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Skoro informacja powyższa, pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania, gdyż inwestycja wykazana w pozycji 6 wykazu wykonanych robót spełnia warunki udziału w postępowaniu i Przystępujący pozostaje na miejscu lidera, a jego oferta pozostaje jako najkorzystniejsza, to nie podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych - za zasadny.

W pozostałym zakresie, Izba uznała zarzuty stawiane przez Odwołującego za niezasadne.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....