

Sygn. akt: KIO/2078/11

WYROK

z dnia 7 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 września 2011 r. przez Mostostal Warszawa S. A., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sosnowiec, 41 – 200 Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Mostostal Warszawa S. A., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Mostostal

Warszawa S. A., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminę Sosnowiec, 41 – 200 Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy dróg dla potrzeb zadania inwestycyjnego pn. Gospodarcza Brama Śląska etap I- Uruchomienie Zagłębiowskiej Stęfy Gospodarczej - Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych -rejon Maczki – Bór”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 lipca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 131-217348.

Mostostal Warszawa S. A., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 26 września 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru oceny wniosków i przyznanej w jej wyniku punktacji, w szczególności wniosku złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 51 ustawy Pzp, oraz
- naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także inne przepisy wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie przeprowadzonej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w oparciu o błędne przyjęcie ilości wykazywanych robót przez Konsorcjum PRDiM podlegających sumowaniu w celu ustalenia oceny punktowej zgodnie z zasadami oceny przyjętymi w Ogłoszeniu;

2) w wyniku ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaproszenie Mostostal do składania ofert w postępowaniu.

W dniu 15 września 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Mostostal Warszawa S. A., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że z przesłanej informacji wynikało, iż Konsorcjum PRDiM uzyskało w ocenie Zamawiającego 16 punktów, co w rankingu złożonych wniosków daje mu 5 pozycję, Mostostal zaś zajął 6 pozycję w rankingu wniosków, otrzymując 15 punktów w wyniku przeprowadzonej oceny. Powyższe skutkuje wykluczeniem Odwołującego z postępowania i pozbawienie go możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Według Odwołującego wniosek Konsorcjum PRDiM uzyskał 16 punktów i jako taki został sklasyfikowany na 5 pozycji. Tym samym, Konsorcjum PRDiM zamknęło listę 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert w niniejszym postępowaniu. Z ilości przyznanych Konsorcjum PRDiM punktów wynikało, iż Zamawiający przyznał mu punkty także za roboty przedstawione w pozycjach nr 9 i 10 wykazu robót, a dotyczące wykonania remontu nawierzchni oraz remontu drogi. Według Odwołującego roboty polegające na wykonaniu remontu nawierzchni oraz remontu drogi nie mieszczą się w postawionym przez Zamawiającego warunku dotyczącym budowy lub przebudowy dróg wraz z uzbrojeniem.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle (konsorcjum PRDiM).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz wnioski wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 28 września 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 30 września 2011 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zawierało między innymi następujące postanowienia:

pkt III.2) Ogłoszenia w następującym brzmieniu, cyt. „Za roboty budowlane potwierdzające spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający uzna wykonanie co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy dróg wraz z uzbrojeniem o wartości co najmniej 15 000 000,00 PLN (słownie: piętnastu milionów złotych) każda.

Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący błędnej oceny wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych

S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle i przyznanej punktacji.

Izba ustaliła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o. w wykazie robót, w pozycjach 9 i 10 wskazali następujące inwestycje:

- Poz. 9 Remont nawierzchni drogi krajowej nr 11 na ode. Tworóg-Tarnowskie Góry od km 558+000 do km 570+260,
- Poz. 10 Remont drogi krajowej nr 78 ode. Tarnowskie Góry-Świerklaniec-Niezdara od km 76+600 do km 86+020.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) przez budowę należy rozumieć wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Ponadto zgodnie z art. 3 pkt 7a) ww. ustawy przez przebudowę należy rozumieć wykonanie 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.

Ustawodawca w art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane wprowadził również definicję remontu. Zgodnie z ww. przepisem przez remont należy rozumieć wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Oceniając dwie sporne inwestycje, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym niewystarczającym jest dokonanie ich oceny wyłącznie po wskazanej w wykazie nazwie, nie można w sposób mechaniczny kwalifikować inwestycji bądź jako remontu bądź jako przebudowy. Należy przede wszystkim brać pod uwagę charakter wszystkich prac (stopień ich trudności) składających się na daną inwestycję.

Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, uznając że z istoty i charakteru prac wskazanych w wykazie i załączonych do niego

referencji można dopiero wnioskować, czy mamy do czynienia z remontem czy też przebudową.

Izba rozważyła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że w ramach obu inwestycji wykonano nie tylko frezowania nawierzchni, ale także szereg innych robót t.j. wykonanie ronda, konstrukcji drogowej, wykonanie wykopów, nasypów, ułożenia nowych warstw konstrukcyjnych, czy też przebudowy wjazdów.

Powyższe potwierdzać miał również złożony przez Przystępującego opis techniczny i projekt wykonawcy dotyczący obu inwestycji.

Ponadto szczegółowa analiza obu inwestycji, w świetle wyjaśnień Zamawiającego przesądziła o zakwalifikowaniu ich jako przebudowy a nie remontu, biorąc pod uwagę, iż warunek oceniany przez Zamawiającego mówił o wykonaniu robót w zakresie budowy lub przebudowy.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 7 oraz 51 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznała, że postawiony Zamawiającemu zarzut błędnej oceny wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o. jest zarzutem chybionym.

Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skoro Odwołujący wywodzi, że wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych S. A. – Holding oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGPOL-ZW” Sp. z o.o. przyznano punktację w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....