

WYROK

z dnia 24 października 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie, Polski Asfalt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **S..... J.....**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **J..... S..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe w Kolonii Łuszczów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Zarządowi Dróg i Mostów w Lublinie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **S..... J.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **J..... S..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe w Kolonii Łuszczów** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie** 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: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie, Polski Asfalt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie, Polski Asfalt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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 i Mostów w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę trakcji trolejbusowej i zasilania włącznie z budową podstacji „Tatary” i przebudową oświetlenia drogowego na ulicach: Lwowska, Andersa, Mełgiewska w Lublinie w ramach projektu Zintegrowany System Miejskiego Transportu Publicznego w Lublinie.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 października 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A, Polski Asfalt Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Lublin Sp. z o.o., ul. Krańcowa 7, 21-100 Lubartów (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił, że swoim działaniem i zaniechaniem zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a w szczególności:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 i art.24 ust.4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty, wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Elektropaks” S..... J....., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem tj. nie wykazał wykonania min. 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy trakcji trolejbusowych lub tramwajowych o długości sieci (toru trakcji w jednym kierunku ruchu) co najmniej 500,00 mb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty, wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Elektropaks” S..... J....., który złożył nieprawdziwie informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. informacji dotyczących zakresu wykonywanych robót budowlanych, ujawnionych w

pozycjach 1,2.7 i 12 załączonego do oferty „Wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...)” z dnia 10 sierpnia 2012 roku, jak również informacji zawartych w piśmie z dn. 28 września 2012 roku udzielonych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu wykonywanych robót ujawnionych w wykazie pod pozycją 1 i 2,

- c) art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na dokonaniu wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „Elektropaks” S..... J..... jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25 września 2012 roku złożył w piśmie z dnia 28 września 2012 roku nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania,

W wyniku nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Elektropaks” S..... J..... zamawiający dopuścił tą ofertę do oceny i uznał ją za najkorzystniejszą.

Odwołujący się wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „Elektropaks” S..... J..... jako najkorzystniejszej oraz wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w postępowaniu zgodnie z przepisami i dokonanie wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej z uwagi fakt, iż oferta odwołującego się uzyskała najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
3. Zobowiązanie w trybie art. 248 kodeksu postępowania cywilnego w zw. z art. 185 ust. 7 Pzp Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańsk ul. Piekarnicza 16 80-126 Gdańsk do przedstawienia dokumentów w postaci: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Kosztorysu Powykonawczego dotyczących wykonanych przez Elektropaks w⁷ roku 2007 trzech zadań w ramach Projektu Komunikacji Miejskiej kontrakt nr 15: *Zad. 5.1. Wymiana kabli trakcyjnych Stacja Towarowa kierunek Nowy Port - kabel Twarda - Babel Swojska w Gdańsku, Zad. 5.2. Wymiana kabli trakcyjnych Stacja Towarowa - kierunek Nowy Port - kabel Kliniczna - kabel Mickiewicza - kabel Kościuszki w Gdańsku, Zad. 5.3. Wymiana kabli trakcyjnych Stacja Towarowa - kierunek Oliwa kabel Uphagena - kabel Łukasiewicza w Gdańsku*

w celu potwierdzenia, czy Elektropaks w ramach ww. zadań wykonywał roboty budowlane polegające na montażu (napowietrznego) toru trakcyjnego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w punkcie 5.4.1.1. SIWZ oraz sekcji III.2.3. punkt 8.1 ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek wiedzy i doświadczenia polegający na obowiązku wykazania wykonania *min. 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy trakcji trolejbusowych lub tramwajowych o długości sieci (toru trakcji w jednym kierunku ruchu) co najmniej 500,00 mb w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.*

Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Elektropaks” S..... J..... (dalej: przystępujący), w pozycjach 1 i 2 załączonego do oferty „Wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...)” z dnia 10 sierpnia 2012 roku oświadczył, iż wykonał „montaż toru trakcyjnego”. Zamawiający w dniu 25 września 2012 roku wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy w ramach wskazanych pod pozycją 1 i 2 „Wykazu” zadań wykonano budowę lub przebudowę trakcji trolejbusowych lub tramwajowych o długości sieci (toru trakcji w jednym kierunku ruchu) co najmniej 500,00 mb.

W piśmie z dnia 28 września 2012 roku przystępujący złożył oświadczenie, iż roboty wykazane zarówno w poz. 1 jak i poz. 2 „Wykazu” „obejmowały swoim zakresem przebudowę toru trakcyjnego wraz z demontażem i montażem słupów trakcyjno-oświetleniowych, zgodnie z pkt. 5.4.1.1.1 SIWZ”.

Odwołujący się do odwołania dołączył pisma Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańsk oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., z których wynika, iż ujawnione pod pozycją nr 1. 2,14 „Wykazu” zadania nie obejmowały robót polegających na montażu toru trakcyjnego. Odwołujący przedstawił oświadczenie inwestora robót wymienionych w pkt 2 14 wykazu robót przystępującego, z którego wynika, że przystępujący w ramach zadania przebudowa układu kablowego dla podstacji trakcyjnej Witkiewicza przy ul. Witkiewicza w Warszawie (robota w pkt 2 wykazu) i przebudowa układu kablowego podstacji trakcyjnej Gołaszewska nie wykonywał prac polegających na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej górnej (tzw. jezdnej) razem z ustawieniem słupów.

Odnośnie robót opisanych wskazanych w⁷ pozycjach nr 7 i 14 załączonego do oferty „Wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...)” z dnia 10 sierpnia 2012 roku odwołujący się wskazał, iż nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 5.4.1.1.

SIWZ tj., nie potwierdzają wykonania roboty polegającej na budowie lub przebudowie trakcji trolejbusowych lub tramwajowych, gdyż polegają one wyłącznie na wykonaniu robót niezbędnych do podłączenia trakcji trolejbusowych lub tramwajowych do stacji prostownikowej.

Na potwierdzenie wykonania wymaganej warunkami udziału w postępowaniu sieci trakcyjnej przystępujący wskazał:

- w poz. 7 „wykazu” - w rubryce „rodzaj robót” napisał, iż wykonał roboty, które obejmowały „ułożenie linii kabli trakcyjnych ze stacji prostownikowej”.

W poz. 14 „wykazu” - w rubryce „rodzaj robót” przystępujący napisał, iż „wykonał przebudowę układu kablowego podstacji trakcyjnej”, w zakres której wchodziły m.in. „wymiana kablowej sieci trakcyjnej zasilającej i powrotnej”,

Odwołujący przedstawił oświadczenie inwestora robót wskazanych w pkt 7 wykazu robót przystępującego tj. oświadczenie Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu, w którym inwestor stwierdza, iż zakres prowadzonych prac nie obejmował w pełnym znaczeniu budowy sieci trakcyjnej, lecz w zakresie prac związanych z napowietrzną tramwajową siecią trakcyjną były zadania związane z podłączeniem do istniejącej sieci 8 punktów podłączeniowych.

Na rozprawie odwołujący się złożył pismo Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańsk z 17 sierpnia 2012 r. wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z których to dokumentów wynika, że przedmiotem zamówienia nie było przebudowanie lub budowa sieci trakcyjnej górnej razem z ustawieniem słupów.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Pojęcie sieci trakcyjnej zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w komunikacji miejskiej oraz autobusowej komunikacji międzymiastowej (Dz. U. z dnia 12 kwietnia 2002 r.) i zgodnie z definicją tam zawartą poprzez sieć trakcyjną rozumie się *napowietrzne, górne, elektryczne przewody jezdne linii tramwajowej lub trolejbusowej wraz z urządzeniami konstrukcyjnymi,*

służącymi do ich zawieszenia i mocowania.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zdefiniował w inny sposób pojęcia sieci trakcyjnej, jak również nie wyłączył definicji zawartej w wyżej wymienionym rozporządzeniu. Co więcej, podczas rozprawy stwierdził, iż zawarty w punkcie 5.4.1.1 specyfikacji warunek udziału w postępowaniu dotyczył długości 500 metrów linii napowietrznej w jednym kierunku.

Tymczasem przystępujący w punkcie pierwszym wykazu wykonanych robót wskazał na robotę wykonywaną na rzecz Gminy Miasta Gdańsk, gdzie przedmiotem zamówienia było wykonanie zasilania, a nie budowa ani przebudowa sieci w rozumieniu powyższej definicji.

Potwierdzeniem powyższego jest złożone przez odwołującego się pismo Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańsk z 17 sierpnia 2012 r. wraz z SIWZ, z których to dokumentów wynika, że przedmiotem zamówienia nie było przebudowanie lub budowa sieci trakcyjnej górnej razem z ustawieniem słupów. Podobnie w przypadku roboty wykonywanej przy ul. Witkiewicza 6 w Warszawie, gdzie również chodziło o pracę na kablach, a nie o prace na sieci napowietrznej. Analogiczna sytuacja jest w przypadku roboty wskazanej w pozycji numer siedem wykazu, gdzie chodziło o ułożenie kabli ze stacji do sieci, a nie wybudowanie samej sieci.

Potwierdzeniem spełnienia warunku nie jest również robota wskazana w pkt. 4 wykazu, gdzie chodziło wyłącznie o przewieszenie sieci trakcyjnej, a nie jakiegokolwiek roboty związane z budową lub przebudową sieci.

Izba nie zgadza się z przystępującym, iż pojęcie „trakcji” można było również rozumieć w szerszym znaczeniu, tj. jako przebudowę bądź budowę elementów służących do posadowienia trakcji w jezdni. Stanowisko przystępującego nie znajduje uzasadnienia w istniejącym stanie faktycznym i prawnym. Skoro istnieje legalna definicja „trakcji elektrycznej”, a zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia bądź też w odpowiedzi na pytania wykonawców nie dał podstaw do twierdzenia, iż w przypadku niniejszego postępowania pojęcie to można i należy rozumieć w inny sposób, brak jest podstaw do twierdzenia, iż wykonawcy uprawnieni byli do dowolnego rozszerzania tego znaczenia. Zważyć należy, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości wykonawcy uprawnieni byli do zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie, co należy rozumieć pod pojęciem „trakcji”. Ponieważ wykonawcy nie zawracali się do zamawiającego o wyjaśnienie powyższego uznać należy, iż obowiązywała ich definicja zawarta we wskazanym wyżej rozporządzeniu.

Izba wskazuje, że odwołujący się podniesione zarzuty uzasadnił dowodami w postaci oświadczeń inwestorów robót wykazanych przez przystępującego jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z oświadczeń tych w sposób jednoznaczny wynika, iż żadna z robót wskazanych przez przystępującego nie była przebudową lub budową trakcji sieci trakcyjnej. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na treść art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. A zatem przystępujący, skoro kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu, winien był przedstawić dowody, za pomocą których uzasadniłby swoje stanowisko. Tymczasem przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu dla poparcia własnych twierdzeń. Dowody wskazane przez odwołującego się Izba uznała za wiarygodne i nie budzące wątpliwości, a zatem przemawiające za zasadnością podniesionych zarzutów.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jak i braku wymaganego doświadczenia, co uzasadnia wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Wystąpienie pierwszej ze wskazanych przesłanek w ocenie Izby nie budzi wątpliwości. Przystępujący nie miał podstaw do twierdzenia, iż pojęcie „sieci trakcyjnej” należy rozumieć w odmienny sposób niż wskazuje na to definicja zawarta w rozporządzeniu z dnia 12 marca 2002 roku oraz w sposób, w jaki rozumiał ją zamawiający.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zaszła również druga ze wskazanych przesłanek. Informacja ta dotyczyła bowiem wykazania, iż odwołujący się ma wymagane przez zamawiającego doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia. Fakt wykazania żądanego doświadczenia był jednym z elementów, niezbędnych do uznania, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Posiadanie wymaganego doświadczenia determinowało więc udział przystępującego w postępowaniu, co w przypadku, gdy przystępujący zaoferował najkorzystniejszą cenę, w oczywisty sposób wpływało na wynik postępowania. Niewykazanie żądanego doświadczenia spowodowałoby bowiem, iż oferta przystępującego nie byłaby w ogóle oceniana. Trudno tym samym stwierdzić, iż informacja o posiadaniu stosownego doświadczenia przez wykonawcę, który zaoferował cenę najniższą,

nie ma wpływu na wynik postępowania, skoro między innymi od informacji tej zależy, czy oferta ta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....