

**WYROK**  
**z dnia 15 lipca 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Giżycko, 11-500 Giżycko, Al. 1 Maja 14/120** protestu z dnia 18 czerwca 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego \* .

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6,**

---

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz 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 kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6.**

**Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę ulicy Św. Brunona w Giżycku, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1, poz. 98766 z 12.05.2008 r.), w dniu 18 czerwca 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Comtrans Sp. z o.o. z Olsztyna.

Złożenie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 12 czerwca 2008 r. o wyborze oferty Konsorcjum złożonego z Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Gołdapi i Przedsiębiorstwa Polnet Sp. z o.o. z Augustowa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Miasta Giżycka naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

- art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty w sposób sprzeczny z ustawą,
- art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, jako nie spełniającego warunków udziału określonych w SIWZ, w zakresie doświadczenia zawodowego,

– art. 89 ust.1 pkt 1 poprzez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, mimo że w dokumentach nie zostało złożone pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum, określające zakres umocowania, do czego zobowiązuje przepis art. 23 ust. 2 Pzp. Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż utracił możliwość uzyskania zamówienia na rzecz wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

2

Pismem doręczonym 25 czerwca 2008 r., Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Podniósł, że wybrany wykonawca w wykazie robót ujął „przebudowę istniejącego chodnika na ciąg pieszy i rowerowy wzdłuż ulic Wojska Polskiego, Chreptowicza, Brzostowskiego w ciągu drogi krajowej nr 8 odcinek Białystok – Suwałki od km 730 +920 do km 733+360, potwierdzoną referencjami inwestora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku. Za wystarczające umocowanie do działania przez lidera Konsorcjum – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Gołdapi, Zamawiający uznał postanowienia zawarte w przedłożonej w dokumentach oferty umowie konsorcjum.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 30 czerwca 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wykluczeniem Konsorcjum z postępowania,
- dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wybranego Konsorcjum, ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10.09.2007 r. na roboty wykazane przez Konsorcjum, jako jego doświadczenie zawodowe.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta Odwołującego przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, co następuje.

Termin składania ofert upłynął w dniu 3 czerwca 2008 r., termin związania ofertą wynoszący 30 dni uległ zawieszeniu wskutek wniesienia protestu. Oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Jak wynika z druku załącznika ZP-12 do protokołu, wybrane Konsorcjum oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za najkorzystniejszą cenę 6 676 392,84 zł, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, z ceną 7 407 989,87 zł.

W sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 4 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. wykonali w ciągu ostatnich 5 lat co najmniej jedno zadanie odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym

3

przedmiot zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 1 500 000 zł w charakterze głównego wykonawcy.

Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku należało złożyć wykaz według wzoru załącznika nr 5 do SIWZ, zrealizowanych robót w ciągu ostatnich 5 lat o zakresie i podobnym charakterze do przetargowego i wartości minimum 1 500 000 zł wraz dokumentami, że roboty te zostały wykonane należycie (protokół odbioru, referencje itp.). W rozdziale 1 pkt 5.7 SIWZ Zamawiający zawarł definicję, że za roboty budowlane o podobnym charakterze do przetargowego należy rozumieć prace wykonywane podobnie do zastosowanej technologii, rozwiązań konstrukcyjnych, stosowanych materiałów.

W odpowiedzi z dnia 21 maja 2008 r. na pytanie wykonawcy, Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie liczy się łączny potencjał techniczny partnerów konsorcjum.

W rozdziale 9 pkt 5 SIWZ Zamawiający wymagał, w przypadku oferty składanej przez konsorcjum, aby do dokumentacji oferty zostało dołączone pełnomocnictwo dla osoby

uprawnionej do reprezentowania członków konsorcjum w trakcie postępowania mogło także obejmować uprawnienie do umowy). (pełnomocnictwo zawarcia Zamawiający uprzedził, że brak pełnomocnictwa skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Z opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w rozdziale 2.1 i 2.2 SIWZ wynika, że rozbudowa ulicy Św. Brunona o długości 2,3477 km w Giżycku polegać będzie na rozbiorce istniejącej nawierzchni bitumicznej wraz z podbudową z bruku kamiennego na odcinku od km 0 + 000 do km 0 + 240, rozbiorce istniejącej nawierzchni brukowej z kamienia łamanego obramowanej opornikami kamiennymi na odcinku od km 0 + 240 do km 2 + 347,7 wycince kolidujących drzew i krzewów, wykonaniu niezbędnych robót ziemnych /nasypy, wykopy/. Specyfikacja przewiduje, że w ramach rozbudowy zostanie odtworzona nawierzchnia na odcinku od km 0 + 000 do 1+300 z kamienia nowego, a na odcinku km 1 + 300 do 2+347,7 z kamienia uzyskanego z rozbioru. Nawierzchnia zostanie obramowana nowym krawężnikiem kamiennym, po lewej stronie zostanie usytuowana ścieżka rowerowa z kostki betonowej gr. 8 cm szer. 2,5 m, zaś po prawej, chodnik szerokości 2,0 m z kostki betonowej szer. 8 cm. Odwodnienie ul. Św. Brunona będzie w większości powierzchniowe ściekami przykrawężnikowymi – poprzez trapezowe ścieki podchodnikowe. Na odcinku od km 0+000 do 0 + 240 wykonany zostanie kolektor deszczowy d = 315 mm. Przewidziano budowę linii oświetleniowej na całej długości ulicy. W ramach przebudowy chodnika w ul. Moniuszki na odcinku od mostu obrotowego do wjazdu do jednostki wojskowej zaprojektowana jest rozbioru istniejącej nawierzchni z płytki betonowej, istniejących zieleńców, budowa nowej nawierzchni z kostki betonowej gr. 8 cm z rozdziałem na ścieżkę rowerową i chodnik. Niweleta zostanie utrzymana na istniejącym poziomie z niewielką korektą na dostosowanie

4

do normatywnych spadków. W zakresie wymiany istniejącego oświetlenia, słupy oraz oprawy powinny być utrzymane w konwencji oświetlenia ul. Św. Brunona. Szczegółowy zakres robót zawarty został w przedmiarze i w załączniku nr 1 do wzoru umowy.

W dokumentach oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa Polnet Sp. z o.o., na str. 64 znajduje się wykaz robót (zał. Nr 5 do oferty), w którym została wykazana przebudowa istniejącego chodnika na ciąg pieszy i rowerowy wzdłuż ulic Wojska Polskiego, Chreptowicza, Brzostowskiego w ciągu drogi krajowej nr 8 odcinek Białystok – Suwałki od km 730 + 920 do km 733 + 360, potwierdzona referencjami inwestora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, o wartości zamówienia 1 666 867,47 zł., wykonana w okresie 12.10.2007 r. do 12.12.2007 r.. Z wystawionych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku referencji z dnia 30 maja 2008 r. (str. 65 oferty) wynika, że w ramach przedmiotowego zadania wykonano:

kanalizację deszczową, nawierzchnię, oświetlenie drogi, w tym:

- przepusty pod koroną drogi – 12,0 m,
- regulację pionową hydrantów – 2 szt,
- regulację pionową zaworów wodociagowych - 18 szt,
- regulację pionową studzienek telefonicznych – 19 szt,
- nawierzchnię z kostki betonowej o gr. 6 cm na podbudowie z kruszywa naturalnego 2 590,30 m<sup>2</sup>,
- nawierzchnię z kostki betonowej o gr. 8 cm na podbudowie z kruszywa naturalnego 3 596,87 m<sup>2</sup>
- montaż elementów oświetlenia zewnętrznego lamp ręciovych – 4 szt.

Z przedłożonej na stronach 55 –57 dokumentacji oferty – umowy, zawartej dnia 2 czerwca 2008 r. pomiędzy w Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Polnet Sp. z o.o. wynika, że firmy utworzyły Konsorcjum w celu jednorazowego uczestnictwa w niniejszym przetargu (§ 1 umowy). W § 6 umowy do prowadzenia spraw i reprezentowania Konsorcjum w stosunkach zewnętrznych, tj. w realizacji rozbudowy ul. Św. Brunona w Giżycku, zgodnie z dokumentacją projektową inwestora, upoważnione zostało samodzielnie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jako lider Konsorcjum, z odesłaniem do § 2 umowy. W szczególności wymienione Przedsiębiorstwo upoważnione zostało z mocy tej umowy do zawarcia kontraktu z Gminą Miejską Giżycko, wystawiania faktur VAT za wykonane przez Konsorcjum roboty i otrzymywania zapłaty. Umowa została podpisana przez osoby upoważnione do

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605) w § 1 ust. 2 pkt 1 stanowi, że w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia.

W przekonaniu składu orzekającego Izby, oznacza to, że wykonawca, który składa ofertę nie musi wykazywać, iż ma doświadczenie w wykonywaniu identycznych robót jak przedmiot postępowania przetargowego. Określenie zawarte w przywołanym rozporządzeniu oznacza roboty podobne, tak ze względu na obiekt realizacji, zakres, stopień skomplikowania oraz wartość. Załącznik nr 5 do SIWZ, w nagłówku wprost informuje, że w wykazie należy umieścić roboty o „podobnym charakterze.”

W pojęciu definicji ustawowej art. 4 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 19, poz. 115 ze zm.), przez drogę należy rozumieć budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącymi całość techniczno – użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego. Do dróg zalicza się w sposób oczywisty ulice, jako drogi na terenie zabudowy, chodniki jako część drogi przeznaczonej do ruchu pieszego itp. nie wyłączając ścieżek rowerowych. Z powyższych ustaleń, opartych na materiale dowodowym sprawy wynika, że roboty, które wykazało wybrane Konsorcjum odpowiadają swoim rodzajem robotom drogowym, a więc takiemu samemu rodzajowi robót jak przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Ponadto wartość i zakres robót jest zbliżony. W skład robót wykazanych przez Konsorcjum wchodziły również elementy oświetlenia i ścieżki rowerowe, co wynika z udzielonych referencji oraz z ogłoszenia o zamówieniu nr 162385 – 2007 r. z dnia 10 września 2007, zamieszczonego na stronie internetowej inwestora – GDDKiA Oddział w Białymstoku.

Wprawdzie nie zostały wykazane roboty w zakresie kanalizacji deszczowej i linii energetycznej oświetlenia ulic, jednakże nie dyskredytuje to wykazanego doświadczenia zawodowego wykonawcy, gdyż wymaganie pełnego udokumentowania zakresu i charakteru robót sprowadzało by się w istocie do żądania wykazania doświadczenia w prowadzeniu robót tożsamyh. Warunek udziału ustalony przez Zamawiającego odnosi się wyłącznie do rodzaju robót i tym warunkiem Zamawiający pozostaje związany.

Wykonawcy składający ofertę wspólną zobowiązani są przedłożyć, stosownie do art. 23 ust. 2 Pzp pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, przy czym w samym pojęciu pełnomocnictwa, mieści się określenie zakresu umocowania. Nie oznacza to jednak, że za dopuszczony i odpowiedni, może być uznany wyłącznie dokument, który będzie nosił nazwę „pełnomocnictwo.” Skład orzekającego Izby wyraża przekonanie, iż może być to każdy dokument, który będzie zawierał oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie o zawiązaniu konsorcjum i zakresie upoważnienia dla lidera. Przepisy UZP nie narzucają granic pełnomocnictwa, które może obejmować czynności w postępowaniu, w tym złożenie oferty, a także umocowanie do zawarcia umowy o realizację zamówienia. Określone czynności mogą też zostać wyłączone z pełnomocnictwa i być podejmowane przez wszystkich partnerów. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, przedłożona w dokumentach oferty umowa konsorcjum stanowi dokument prawidłowy, określający zakres umocowania lidera – Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., gdzie w § 6 jest postanowienie, że lider jest upoważniony samodzielnie do prowadzenia spraw i reprezentowania Konsorcjum dziedzinie stosunków zewnętrznych, to znaczy przy rozbudowie ul. Św. Brunona w Giżycku, zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną przez inwestora (§ 2 umowy). Jednakże zakresu umocowania pełnomocnika nie można odczytywać w oderwaniu od celu zawartej umowy konsorcjum, określonego w § 1

umowy, w którym strony stwierdzają jednoznacznie o zawiązaniu konsorcjum dla jednorazowego uczestnictwa w przetargu nieograniczonym, organizowanym przez Gminę Miejską Giżycko na rozbudowę ulicy Św. Brunona, z czego należy wywodzić, iż umocowanie lidera obejmowało fazę postępowania przetargowego łącznie ze złożeniem oferty i zawarciem umowy. Potwierdzeniem powyższej interpretacji zakresu umocowania jest treść § 4 pkt 2 umowy, stanowiącego o rozwiązaniu Konsorcjum z dniem ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu przez Zamawiającego i nie wybrania złożonej oferty. Znamienne jest, że sam Odwołujący nie podniósł zarzutu, iż oferta złożona przez lidera występującego w imieniu Konsorcjum jest nieważna, albowiem została podpisana przez osoby nieumocowane.

Wobec powyższego za chybione należy uznać zarzuty, że wybrane Konsorcjum nie wykazało się wymagany doświadczeniem w prowadzeniu rodzaju robót jak przedmiot zamówienia, a ponadto, że nie zostało przedstawione prawidłowe pełnomocnictwo dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., jako wyznaczonego lidera.

Skład orzekający KIO nie podzielił stanowiska Odwołującego i nie stwierdził, że Zamawiający przez wybór oferty Konsorcjum naruszył wskazane przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

7

---

Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów udziału w postępowaniu na rzecz Zamawiającego, gdyż nie zostały złożone rachunki, czego wymaga § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*

8