Sygn. akt: KIO 1014/16

WYROK
z dnia 27 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2016 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok

przy udziale wykonawcy UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1014/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1014/16

Uzasadnienie

. Zamawiający: Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa przedłużenia ul. Sitarskiej w Białymstoku (drogi powiatowej) na odcinku od skrzyżowania z ul. Kozłowa do skrzyżowania z ul. Świętokrzyską z dwupoziomowym skrzyżowaniem z torami kolejowymi w kierunki Kuźnicy”.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S 082 – 145105.

W punkcie VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej - Opis warunków udziału w b) postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, pkt.I b) Zamawiający zastrzegł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego pn. „Budowa przedłużenia ul. Sitarskiej w Białymstoku (drogi powiatowej) na odcinku od skrzyżowania z ul. Kozłowa do skrzyżowania z ul Świętokrzyską z dwupoziomowym skrzyżowaniem z torami kolejowymi w kierunki Kuźnicy" (dalej: Postępowanie) mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Jako warunek posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się „(...) zrealizowaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „ Z", o wartości min. 20 mln zł brutto każda oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto albo

co najmniej 1 robotą o wartości min. 28 mln zł brutto obejmującą swoim zakresem: budowę lub przebudowę lub remont ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z", o wartości min. 20 mln zł brutto i budowę lub przebudowę min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z" o wartości min. 20 mln zł brutto,

wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone".

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 kwietnia 2016r. w sprawie sygn. akt KIO 526/16 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykonawca Unibep S.A. nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln. zł brutto poprzez posłużenie się doświadczeniem podmiotu trzeciego.

W następstwie powyższego rozstrzygnięcia Zamawiający wezwał Unibep S.A. w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełniania wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji, co najmniej 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln. zł. brutto.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Unibep S.A. przedstawił wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji, co najmniej 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln. zł. brutto, wskazał na zastępujące zadania (i) „Zadanie 1 - Roboty budowlane, 1A Budowę i rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 678 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Białystok - Kleosin, 1B Budowa ul. Ciołkowskiego, wiaduktów nad torami PKP, ul. Wiadukt w Białymstoku wraz z budowa i rozbudową niezbędnej infrastruktur, zadanie 3 - ul. Wiadukt wraz z kanalizacja deszczową w drodze na Juchnowiec", (ii) „Miejskie Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu - Aąuapark z pływalnią w Suwałkach" (iii) „Zaprojektowanie i wykonanie hali sportowej wielofunkcyjnej przy ul. Żużlowej Częstochowie" (iv) „Budynek Biurowy wraz z infrastrukturą towarzyszącą Domaniewska Office Hub (...)" (v) „Farmy wiatrowe Orla etap".

Z protokołu z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia (Protokół z komisji przetargowej z 17 maja 2016r., które odbyło się w celu oceny dokumentów przestawionych przez Unibep) wynika, że w ocenie zamawiającego roboty opisane w pkt II. 4-6 i 8 złożonego przez Unibep Wykazu wykonanych robót (tj. roboty z wymienionych wyżej pkt (i) - (iii) oraz pkt (v)) nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z wątpliwościami czy zadanie pn. „Budynek Biurowy wraz z infrastrukturą towarzyszącą Domaniewska Office Hub (...)", w którym jako obiekt inżynierski Unibep wskazał mur oporowy ze ścianek szczelinowych, potwierdza spełnienie warunku w powyższym zakresie, komisja przetargowa postanowiła zwrócić się do Podlaskiej Izby Inżynierów Budownictwa z prośbą o opinię czy roboty polegające na: wykonaniu ścian zewnętrznych części podziemnej budynku biurowego zaprojektowanego, jako szczelinowe z rozparciem w poziomie stropu nad - 2 w postaci opaski rozporowej na gruncie oraz czy wykonanie zabezpieczenia w postaci przepony w technologii JET- GROUNTING (w zw. z występowaniem poziomu wody gruntowej ok 2 m. powyżej posadowienia) można uznać za mur oporowy ze ścianek szczelinowych a tym samym za obiekt inżynierski.

W wyniku powtórnej oceny ofert pismem z dnia 31 maja 2016r. Zamawiający poinformował Odwołujący: Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków o ponownym wyborze oferty Unibep, jako najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 10 czerwca 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołujący zarzucił, że swoim działaniem i zaniechaniem Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej ustawy Pzp, a w szczególności:

a) art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art.22 ust 1 pkt 2) oraz art. 22 ust.4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Unibep S.A. ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski Oddział Drogowy Unibep S.A. z Łomży (dalej: Unibep), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem wymaganych w postępowaniu wiedzy i doświadczenia.

b) 7 ustawy Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Unibep z postępowania a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, Unibep nie wykazał spełnienia warunku w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln. zł. brutto.

Zdaniem Odwołującego nie jest takim obiektem zakwalifikowane na potwierdzenie spełnienia warunku wykonanie ścian zewnętrznych części podziemnej budynku biurowego zaprojektowanych, jako szczelinowe z rozparciem w poziomie stropu nad - 2 w postaci opaski rozporowej na gruncie oraz wykonanie zabezpieczenia w postaci przepony w technologii JET - GROUNTING określane w ofercie Unibepu, jako mur oporowy ze ścianek szczelinowych.

Odwołujący wskazał, że roboty Unibep, które Zamawiający uznał za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln. zł. brutto, jak wynika z wykazu i załączonego listu referencyjnego, polegały na budowie budynku biurowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą „Domaniewska Office Hub" w tym ściany szczelinowe, barety, przepony poziomie metoda jet-grounting, roboty ogólnobudowlane instalacje elektroenergetyczne, teletechniczne i sanitarne oraz zagospodarowanie terenu i dróg dojazdowych, a także prace wykończeniowe na powierzchniach wspólnych w budynku A i B.

Zauważył również, że z treści listu referencyjnego wynika zakres wykonanych robót obejmował:

roboty budowlane -

a) stan surowy: ścian zewnętrznych części podziemnej budynku biurowego zaprojektowanego, jako szczelinowe z rozparciem w poziomie stropu nad -2 w postaci opaski opaski rozporowej na gruncie. W zw. z wystąpieniem poziomu wody gruntowej około 2 m. powyżej posadowienia wykonane zostało zabezpieczenie w postaci przepony w technologii JET- GROUNTING (...),

b) stan wykończeniowy: elewacje (...) hole windowe (...), sufity z płyt gk (...), 9 dźwigów osobowych (...), posadzkę pływającą w garażach itp.

roboty sanitarne (...) -

roboty elektryczne i teletechniczne (...). -

Odwołujący zaznaczył również, że analizując treść warunku, którego dotyczy odwołanie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia legitymowali się doświadczeniem w postaci:

- „co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z", o wartości min. 20

mln zl brutto każda oraz co najmniej 1 robota w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto " albo alternatywnie

„co najmniej 1 robotą o wartości min. 28 min zł brutto obejmującą swoim zakresem: budowę lub przebudowę lub remont ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z", o wartości min. 20 mln zł brutto i budowę lub przebudowę min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z" o wartości min. 20 mln zł brutto.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ustawą z dn. 7 lipca 2004r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2016 poz. 290) (dalej ustawa pr. bud.) przez budowę należy rozumieć „ (...) wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego" (art. 3 pkt 6 ustawy pr. bud.). Pod pojęciem: obiektu budowlanego należy rozumieć „ (...) budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych (...) "(art. 3 pkt 1 ustawy pr. bud.).

- budynku należy rozumieć „(...) taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach " (art. 3 pkt 2 ustawy pr. bud.),

- budowli należy rozumieć „ (...) każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem malej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową (art. 3 pkt 7a) ustawy pr. budowlane).

Nadmienił, że konstrukcje oporowe, za które mogą być uznane mury oporowe stanowią budowle, czyli obiekty niebędące budynkami, co oznacza to, że Zamawiający wymagał doświadczeniu w wykonaniu obiektu budowlanego w określonym miejscu (budowa) w postaci budowli, jaką jest obiekt inżynierski o wartości min. 8 mln.

Odwołujący podkreślił, że obiekt budowlany należy kwalifikować, przede wszystkim ze względu na jego przeznaczenie, czyli funkcję, jaką ma pełnić a punktem odniesienia dla określenia tej funkcji jest całość zamierzenia budowlanego.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotem wykazanych przez Unibep robót jest jak wynika z wykazu i treści Listu referencyjnego było wykonanie budynku biurowego wraz z infrastruktura towarzyszącą, w którym ściany zewnętrzne części podziemnej zostały zaprojektowane, jako szczelinowe z rozparciem w poziomie stropu nad - 2.

Argumentował, że w świetle Prawa Budowlanego kwalifikacją powyższego obiektu budowlanego ze względu na jego funkcję i przeznaczenie jest budynek oraz zgodnie z definicją art. 3 pkt 2 ustawy pr. bud. przez „budynek — należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach".

Powyższe – w ocenie Odwołującego - wyklucza możliwość zakwalifikowania części tego budynku - kondygnacji podziemnej – zaprojektowanych, jako ściany szczelinowe, jako odrębnego i innego obiektu budowlanego tj. jak przedstawia to Unibep i Zamawiający budowli w postaci konstrukcji oporowej (muru oporowego, jako ścianek szczelnych).

Wywodził, że w tym przypadku ściany szczelinowe są jedynie technologią robót, w jakiej została wykonana kondygnacja podziemna (garaż), co potwierdza opis techniczny projektu budowlanego „Domaniewska Office Hub" - „ Projektowany obiekt to kompleks dwóch budynków biurowych A i B z siedmioma kondygnacjami nadziemnymi i dwoma kondygnacjami podziemnego garażu. (...). Kondygnacje podziemne to układ zewnętrznych ścian szczelinowych grubości 80cm (...)."

Wskazał również, że zgodnie z opisem technicznym projektu wykonawczego ścian szczelinowych: „ Wykonanie ściany szczelinowej o grubości 60 cm będącej docelowo ściana nośną kondygnacji podziemnych ".

Zwrócił uwagę, że z treści listu referencyjnego i projektu wynika, że ściany w części podziemnej budynku zaprojektowane, jako szczelinowe nie mają charakteru muru oporowego, a pełnią funkcję ścian zewnętrznych części podziemnej. Nie są wiec osobnym od budynku biurowego „Domaniewska Office Hub" obiektem budowlanym w postaci budowli, jaką jest konstrukcja oporowa, ani nie są również konstrukcją oporową, a pełnią funkcję ściany zewnętrznej.

Odwołujący podniósł, że jego stanowisko potwierdza przygotowana na wniosek Zamawiającego opinia Podlaskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, z której wynika, że ściana szczelinowa jest systemem konstrukcyjnym wykorzystywanym najczęściej w trakcie wykonywania posadowienia obiektu budowlanego. Jako system konstrukcyjny może być ona wykorzystana w celu wykonania konstrukcji oporowej w postaci muru oporowego.

Dalej, wskazał, że opinia ta stwierdza, iż „technologia ta może być wykorzystana zarówno w budownictwie kubaturowym jak i drogowym".

Według Odwołującego opinia wskazuje, że ściana szczelinowa - która została wykonana, jest technologią prowadzenia robót i w tej technologii można wykonać obiekt w postaci muru oporowego o ile jednak, zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, zamierzeniem budowlanym (i obiektem będącym jego przedmiotem) będzie wykonanie muru oporowego.

W ocenie Odwołującego - przypadku zadania „Domaniewska Office Hub" ściany szczelinowe nie miały pełnić i nie pełnią funkcji muru oporowego, a jedynie ścian zewnętrznych w części podziemnej budynku, co potwierdza treść listu referencyjnego złożonego w przedmiotowym postępowaniu - ściany szczelinowe były elementem stanu surowego budynku i pełnią funkcje ścian zewnętrznych podziemia budynku, a nie muru oporowego, co potwierdza również przywołany wyżej opis techniczny projektu.

Odwołujący wskazał, że z protokołu wynika, iż ocena spełnienia przez Unibep warunku udziału w postępowaniu jest wynikiem uznania za mur oporowy części podziemnej budynku biurowego zaprojektowanej, jako szczelinowe z rozparciem budynku Domaniewska, a w konsekwencji zakwalifikowanie go, jako obiektu inżynierskiego.

Odwołujący przyznał, że ustawa Prawo budowlane nie zawiera legalnej definicji pojęcia „muru oporowego”, lecz posługuje się pojęciem „konstrukcji oporowej”, zaliczając ją do budowli wymienionych w art. 3 pkt 3, czyli obiektów budowlanych niebędących budynkiem lub obiektem małej architektury.

Wobec negatywnej definicji budowli (obiekt budowlany nie będący budynkiem), w przypadku zakwalifikowania danego obiektu, jako budynku nie może on być uznany za budowlę.

Podniósł, że spójnie z prawem budowlanym, konstrukcja oporowa została zdefiniowana w ustawie z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz.U. Dz.U.2015 poz.

460. Art. 4. pkt 16), która określa konstrukcję oporowa jako budowlę przeznaczoną do utrzymywania w stanie stateczności nasypu lub wykopu.

Stwierdził przy tym, że konstrukcja oporowa jako obiekt budowlany musi być budowlą tj. ma mieć samodzielny charakter, nie może być elementem budynku.

Jako przykład wskazał ogrodzenia, jako samodzielnych obiektów, które pełniąc jako dominującą funkcję zabezpieczania przed osuwaniem są kwalifikowane jako wymagające pozwolenia na budowę konstrukcje oporowe.

W rozpatrywanym stanie faktycznym – Odwołujący zwrócił uwagę, że po pierwsze ściany szczelinowe nie pełnią funkcji konstrukcji oporowej, ale ścian zewnętrznych podziemia budynku, po drugie nie są samodzielnym w stosunku do budynku obiektem budowlanym w postaci budowli, jaką jest konstrukcja oporowa.

Ponadto, odnośnie wymaganego w opisanym wyżej warunku udziału w postępowaniu podmiotu posiadającego doświadczenie w realizacji obiektów inżynierskich wskazał, że rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w (Dz.U. 2000 nr 63 poz. 735) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie określa definicję obiektu inżynierskiego § 1. Pkt 1. „Rozporządzenie określa warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie, zwane dalej „obiektami inżynierskimi”, §1. Pkt 2 do obiektów inżynierskich zalicza się:

1) obiekty mostowe,
2) tunele,
3) przepusty,
4) konstrukcje oporowe.

Przy czym, zaznaczył, że przez konstrukcję oporową zgodnie z § 3 pkt 4 rozporządzenia należy rozumieć „ (...) budowlę przeznaczoną do utrzymywania w stanie stateczności uskoku naziomu gruntów rodzimych lub nasypowych(…)”. Zgodnie z § 68 rozporządzenia konstrukcje oporowe mogą występować w szczególności, jako:

1) elementy konstrukcji obiektów mostowych obramowujących korpus drogi,
2) elementy konstrukcji tuneli i przepustów, stanowiące ich głowice,
3) samodzielne konstrukcje związane z drogą.

Według Odwołującego zgodnie z powyższym konstrukcja oporowa tylko w przypadku, gdy jest konstrukcją związaną z drogą ma charakter obiektu inżynierskiego. Definicja

konstrukcji oporowej, jako obiektu inżynierskiego występuje tylko i wyłącznie w budownictwie drogowym (Ustawa o drogach publicznych) i są to konstrukcje stricte związane z drogą.

Podkreślił przy tym, że przedmiotem zamówienia jest „Budowa przedłużenia ul. Sitarskiej w Białymstoku (drogipowiatowej) na odcinku od skrzyżowania z ul. Kozłowa do skrzyżowania z ul. Świętokrzyską z dwupoziomowym skrzyżowaniem z torami kolejowymi w kierunki Kuźnicy” opisana przez zamawiającego kodem CPV 45.23.31.20-6 - Roboty w

zakresie budowy dróg.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót w zakresie budowy dróg a w myśl art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz, zgodnie a art. 22 ust 5 ustawy Pzp, warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to nieuzasadnione będzie na obecnym etapie postępowania przyjmowanie na potwierdzenie spełniania warunków obiektów kubaturowych, nie związanych z przedmiotem zamówienia, w których zgodnie z przywołaną definicją konstrukcja oporowa, aby była obiektem inżynierskim ma mieć charakter samodzielny lub być elementem obiektu mostowego, tunelu, przepustu, ale również ma być związana z drogą.

Odwołujący stwierdził również, że jest to zgodne z wymaganiami SIWZ i Prawa budowlanego w zakresie wymaganych uprawnień budowlanych, bowiem Zamawiający wymagał dysponowania osobą posiadającą uprawnienia w branży drogowej i mostowej — obowiązujące przepisy nakładają, bowiem odmienne wymagania w zakresie tak uprawnień budowlanych do kierowania jak i projektowania robotami na obiektach drogowych, mostowych i kubaturowych.

Zdaniem Odwołującego ściana szczelinowa, jako technologia wykorzystywana w budownictwie kubaturowym nie spełnia wiec definicji obiektu inżynierskiego.

Podniósł, że powyższe potwierdza treść zamówionej przez Zamawiającego opinii, której autor stwierdza, że „tylko w wypadku wykonania ww. obiektu w budownictwie drogowym można zakwalifikować go do kategorii drogowych obiektów inżynierskich".

Pismem z dnia 14 czerwca 2016r.wykonawca Unibep S.A., zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 22 czerwca 2016r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia z dnia 24 czerwca 2016r. Przystępujący zgłosił sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 12 maja 2016r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 16 maja 2016r. wraz z załączonymi dokumentami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 czerwca 2016r. uwzględniającej w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, sprzeciwu Przystępującego od uwzględnienia zarzutów z dnia 24 czerwca 2016r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 27 czerwca 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art. 24 ust.2 pkt. 4 w związku z art.22 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art.22 ust.4 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w

przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełniania warunku udziału w przedmiotowym przetargu w zakresie pkt. II ppkt 7 uzupełnionego przy piśmie z dnia 16 maja 2016r. wykazu robót realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

12

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VII ust.1 pkt. b opis warunków udziału w postepowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków żądał od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawca winien wykazać się zrealizowaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „ Z", o wartości min. 20 mln zł brutto każda oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto albo
- co najmniej 1 robotą o wartości min. 28 mln zł brutto obejmującą swoim zakresem: budowę lub przebudowę lub remont ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z", o wartości min. 20 mln zł brutto i budowę lub przebudowę min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z" o wartości min. 20 mln zł brutto,

wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący w pkt. II ppkt 7 załączonego wykazu złożonego przy piśmie z dnia 16 maja 2016r. oświadczył, że wykonał zadanie pod nazwą budynku biurowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą „Domaniewska Office Hub", w tym ściany szczelinowe, barety, przepony poziome metodą jet-grounting, roboty ogólnobudowlane, instalacyjne(…).

Przedmiotowy wykaz wraz z listem referencyjnym z dnia 20 sierpnia 2015r. Przystępujący złożył na potwierdzenie wykonania 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min.8 mln. zł brutto polegającej na budowie obiektu inżynierskiego: muru oporowego ze ścianek szczelinowych o wartości 11 672 119 zł.

Izba ustaliła również, że Komisja Przetargowa w dniu 17 maja 2016r. dokonała oceny wskazanych w wykazie robót w pkt. II ppkt 4-6, 8 uznając, że nie spełniają one powyższego warunku, jedynie uznała zadanie wskazane w pkt. II ppkt 7, które było objęte zarzutem odwołania.

13

Z ustaleń Izby wynika również, że powyższa ocena nie została Przystępującemu przez Zamawiającego zakomunikowana przy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do meritum sprawy Izba doszła do przekonania, że przedstawiony przez Odwołującego wywód w zakresie oceny braku spełniania przez Przystępującego spornego warunku podmiotowego w zakresie zaskarżenia dotyczącego w pkt. II ppkt 7 przedmiotowego wykazu należało uznać za uzasadniony.

W ocenie Izby przedstawiona Zamawiającemu opinia Podlaskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 24 maja 2016r. nie była jednoznaczna w zakresie określenia pojęcia obiektu inżynierskiego.

Stosownie do przepisu art. 4 pkt. 12 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych użyte w ustawie określenia oznaczają drogowy obiekt inżynierski – obiekt

mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową.

Zdaniem Izby termin obiektu inżynierskiego według wymagań Zamawiającego został wyraźnie sprecyzowany w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.

Zgodnie z przepisem §1 ust.1 powołanego wyżej aktu prawnego rozporządzenie określa warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie, zwane dalej „obiektami inżynierskimi", oraz ich usytuowanie.

Natomiast w myśl ust.2 cyt. wyżej przepisu do obiektów inżynierskich zalicza się:
1) obiekty mostowe,
2) tunele,
3) przepusty,
4) konstrukcje oporowe.

Jednocześnie należy wskazać, że przepis §68 omawianego wyżej rozporządzenia stanowi, że konstrukcje oporowe mogą występować w szczególności jako:
1)elementy konstrukcji obiektów mostowych obramowujących korpus drogi,
2)elementy konstrukcji tuneli i przepustów, stanowiące ich głowice,
3)samodzielne konstrukcje związane z drogą.

Z treści powyższych przepisów wynika – w ocenie Izby - w sposób jednoznaczny, że ściana szczelinowa, jako element budynku, pełniąca funkcje nośne i oporowe nie będzie obiektem inżynierskim.

Konstrukcje oporowe w rozumieniu analizowanych przepisów będą zawsze związane z inwestycjami drogowymi, a nie budową obiektów kubaturowych.

Jednocześnie w myśl przepisu art.22 ust.4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust.1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Gdyby przyjąć, że Zamawiający oczekiwał wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie budowy lub przebudowy budynku znalazłoby to odzwierciedlenie w treści SIWZ.

Inne rozumienie postawionego przez Odwołujacego warunku oznaczałoby, że warunek Zamawiającego sprowadza się jedynie do konieczności wykazania się budową budynku czy budowli jakiejkolwiek, co nie odpowiadałoby wymogom opisu przedmiotu zamówienia.

Izba nie uznała za dowody w sprawie opinii przedłożonych przez Odwołującego i Przystępującego, jako dokumentów prywatnych, powołanych w istocie na wykazanie okoliczności prawnych.

Nadto Izba potraktowała oświadczenie z dnia 24 czerwca 2016r.Głównego Projektanta o pełnieniu przez ścianę szczelinową roli muru oporowego za odnoszące się do budynku, a nie do obiektu inżynierskiego.

Według Izby w rozstrzyganej sprawie za wystarczające należało uznać dokonanie zabiegu prawidłowej wykładni treści pojęcia obiektu inżynierskiego w ramach postawionego przez Zamawiającego warunku w rozdziale VII ust.1 pkt. b na podstawie powołanych wyżej przepisów obowiązującego prawa.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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:……...