

WYROK/POSTANOWENIE*
z dnia 02.01.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bettman Barbara

**Członkowie: Gałczewska-Romek
Dagmara
Wiśniewska Agnieszka**

Protokolant: Nowicka Dorota

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach*02.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Kędzierzyn Koźle, ul. 24 Kwietnia 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, Opole, ul. Niedziałkowskiego 6** protestu / protestów* z dnia 22.11.2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do
po postępowania
odwoławczego..... stronie
odwołującego się oraz **MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. - po stronie zamawiającego ***.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie. Unieważnia czynność wyboru oferty konsorcjum MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, Opole, ul. Niedziałkowskiego 6.**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr
(słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł)
z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Kędzierzyn-Koźle, ul. 24 Kwietnia 4.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, Opole, ul. Niedziałkowskiego 6** na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Kędzierzyn-Koźle, ul. 24 Kwietnia 4,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie:.....)
przez 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 zł)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Kędzierzyn-Koźle, ul. 24 Kwietnia 4** stanowiąca część kwoty wpisu.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi krajowej nr 46 Kłodzko - Nysa - Opole - Częstochowa - Szczekociny, odcinek Dobrodzień - Gr. województwa km 138+ 802 - km 141 + 589, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1000, poz. 189215 z 10.10.2007 r.), w dniu 22.11.2007 r. został złożony protest przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z Kędzierzyna Koźla.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 15.11.2007 r. o wyborze oferty Konsorcjum w składzie:

- Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego z Kłbudzka,
 - DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. ze Strzyżowa,
- zwane dalej Konsorcjum

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Opolu działania niezgodne z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655), przez wybór oferty:

1) sprzecznej z ustawą, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż ustanowienie pełnomocnika Konsorcjum zostało dokonane niezgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp, wyłącznie przez jednego partnera,

2) której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż w kosztorysie ofertowym został pominięty pełen opis pozycji kosztorysowych nr 90 i 101,

3) wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, gdyż brak wykazania doświadczenia w realizacji co najmniej jednego nowego odcinka drogi o nawierzchni bitumicznej, długości co najmniej 3 km, a zaświadczenie o nie podleganiu zakazowi ubiegania się o zamówienie publiczne, złożone przez DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. nosi datę 27.04.2007 r., więc wcześniejszą niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto zarzuty dotyczyły,

4) nierównego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

5) zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5, co narusza art. 7 ust. 3 Pzp.

6) zawyżenia w poz. 202 kosztorysu ofertowego, kosztów wywożenia złomu na kwotę 600 zł/kg, gdy faktyczne koszty tej usługi kształtują się na poziomie 2 - 5 zł/kg.

Pismem doręczonym dnia 28.11.2007 r. Zamawiający uznał zarzuty za bezpodstawne i protest oddalił.

W uzasadnieniu podał, że stanowisko prowadzące do uznania, iż w sytuacji gdy jeden z wykonawców działający w imieniu Konsorcjum z upoważnienia drugiego partnera, powinien mieć pełnomocnictwo udzielone przez siebie samego nie znajduje podstawy prawne. Zdaniem Zamawiającego brak rozbieżności między przedmiarem a opisem pozycji 90 i 101 kosztorysu ofertowego złożonego przez wybranego wykonawcę.

Zamawiający stwierdził również, że wybrany wykonawca udokumentował doświadczenie, przy realizacji nowego odcinka drogi o nawierzchni bitumicznej, długości 3 km, przez wykazanie przebudowy drogi krajowej nr 43, odcinek Dalachów - Rudniki od km 16+769 do km 20+766, gdzie w zakres wchodziła rozbiórka drogi i budowa od podstaw drogi o nowej konstrukcji.

Konsorcjum uzupełniło też w wyznaczonym terminie, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wymagane zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego.

Zarzutu zawyżenia ceny wywozu złomu Zamawiający nie rozpatrywał, bo w proteście nie został wskazany przepis prawa, który w tym aspekcie naruszył Zamawiający, uznając wybraną ofertę za prawidłową.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, w dniu 26.11.2007 r. przystąpiło Konsorcjum reprezentowane przez Jacka Sztolcmana MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego, popierające stanowisko Zamawiającego.

W odwołaniu wniesionym w dniu 3.12.2007 r. z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w części wraz z wnioskami o

nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru oferty,
- dokonania ponownej oceny i wyboru ofert,
- wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą

Odwołujący wniosł również o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego pismem z dnia 12.12.2007 r. przystąpiło Konsorcjum reprezentowane przez Jacka Sztolcmana MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty złożonej przez Konsorcjum DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. i Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego.

Nadto rozpatrzyła stanowiska stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W rozdziale 1.9.3.2 siwz Zamawiający wymagał aby w przypadku składania oferty przez

4

konsorcjum, załączone było pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Pełnomocnictwo winno być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej przez notariusza.

W dokumentach oferty Konsorcjum znajduje się pełnomocnictwo z dnia 24.10.2007 r. udzielone Jackowi Sztolcmanowi prowadzącemu firmę MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego do występowania i składania oświadczeń woli w imieniu DROGBUD Podkarpackiego Holdingu Budowy Dróg Sp. z o.o. ze Strzyżowa. Wymienione pełnomocnictwo zostało podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu DROGBUDU, ujawnioną w KRS o numerze 167212. Z treści pełnomocnictwa ponadto wynika, że zostało ono udzielone w związku z zawarciem umowy konsorcjum.

W dokumentach oferty znajduje się obustronne oświadczenie woli członków Konsorcjum o przyjęciu solidarnej odpowiedzialności za wykonanie kontraktu.

Przepis art. 23 ust 2 Pzp, wymaga aby w przypadku wspólnego złożenia oferty, wykonawcy ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przekonaniu Izby, z cytowanego przepisu wynika obowiązek podmiotów, które nawiązały stosunek prawny konsorcjum, do złożenia zgodnego oświadczenia woli o zawarciu umowy konsorcjum. Dokumentacja akt sprawy świadczy, że wymienione oświadczenie zostało złożone przez obydwu partnerów Konsorcjum. Z treści badanego dokumentu pełnomocnictwa, wynika, że Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego, występuje w przedmiotowym postępowaniu jako pełnomocnik DROGBUDU Podkarpackiego Holdingu Budowy Dróg Sp. z o.o. i że został umocowany do roli lidera Konsorcjum wraz z podaniem szczegółowego zakresu tego umocowania, co wyczerpuje dyspozycje art. 23 ust. 2 Pzp. W oparciu o wyżej omówione dokumenty Zamawiający ma wystarczającą wiedzę oraz pewność, że podejmowane przez niego czynności wobec lidera Konsorcjum oraz składane oświadczenia w imieniu Konsorcjum, będą skuteczne wobec obydwu partnerów.

Zarzut niezgodności wybranej oferty z ustawą, w rozumieniu postanowień art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp nie znalazł zatem potwierdzenia.

W rozdziale 1.11.4 siwz Zamawiający nakazał, aby wykonawca obliczając cenę oferty uwzględnił w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w dokumencie - przedmiar robót. Podkreślił, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów i kosztorysu ofertowego. Charakter wynagrodzenia został jednoznacznie ustalony we wzorze umowy, jako wynagrodzenie kosztorysowe, co Zamawiający dodatkowo potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 10, w piśmie z dnia 26.10.2007 r. wyjaśniając, że

5

wynagrodzenie wykonawcy ma być wynikiem iloczynu ilości wykonanych robót i cen

jednostkowych, podanych w kosztorysie ofertowym.

W rozdziale 2.1 siwz – „wyszczególnienie elementów rozliczeniowych”, przedmiaru:

- w pozycji 90 widnieje zapis "montaż kabla XzTKMXpw 5x4xo,6 w kanalizacji kablowej, 60 m,

- w pozycji 101 widnieje zapis "układanie kabla XzTKMXpw 10x4xo,8 w rowie kablowym, 1960 m.

W kosztorysie ofertowym, złożonym przez Konsorcjum, w pozycjach 90 i 101 w opisie

"wyszczególnienie elementów rozliczeniowych" widnieją jedynie słowa "kablowym".

W ocenie składu orzekającego KIO, pominięcie opisu wykonania kwestionowanych pozycji przedmiaru, to jest montażu w rowie kablowym, bądź w kanalizacji kablowej, pominięcie rodzaju zastosowanego kabla i przekrojów, ewidentnie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią siwz, jako istotnych elementów umowy, dotyczących zakresu rzeczowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wbrew stanowisku Zamawiającego specyfikacja techniczna wykonania robót część D.01.03.04 na str. 105 wskazuje jedynie rodzaje kabli jakie mogą być zastosowane w zakresie przebudowy kablowych linii telekomunikacyjnych a nie podaje parametrów kabla dla kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zasadny, skutkiem zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum.

W rozdziale 1.7.2.4 siwz, Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał się doświadczeniem, przez udokumentowanie, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, wykonał co najmniej jedno zadanie, polegające na budowie nowego odcinka drogi o nawierzchni bitumicznej o długości minimum 3 km.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie winni wykazać, że łącznie spełniają ten warunek, tzn. któryś z nich legitymuje się takim doświadczeniem.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia dotyczy przebudowy drogi krajowej nr 46, zatem stosownie do postanowień art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, wystarczające byłoby wymaganie doświadczenia, przy wykonywaniu robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający żądał jednak doświadczenia w budowie nowych dróg. Postanowienia siwz nie zostały zaskarżone i są wiążące, co dodatkowo zostało potwierdzone w odpowiedzi na pytanie nr 1, pismem z dnia 24.10.2007 r., gdzie Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 38 ust. 5 Pzp, nie może dokonywać modyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, gdy wykonawca wykaże w ofercie, że wykonał przebudowę lub remont odcinka drogi o nawierzchni bitumicznej, zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Konsorcjum złożyło spis zrealizowanych zadań, według wzoru określonego formularzem nr

6

4, w rozdziale 3 siwz, gdzie w pozycji 3 "budowa nowej drogi o nawierzchni bitumicznej" wykazało:

- budowę dróg i chodników wewnątrzosiedlowych w miejscowości Rząśnia, przy czym z referencji wynika, że dotyczy to przebudowy 11-tu odcinków dróg, o łącznej długości 3240 m,

- budowę drogi gminnej w miejscowości Stróża, gdzie z referencji wynika zakres rzeczowy budowa drogi o długości 1048,85 m

- przebudowę drogi krajowej, odcinek Dalachów- Rudniki od km 16+ 769 do km 20+766, gdzie w zakres wchodziła rozbiora odcinka drogi i budowa w pełnym zakresie, zgodnie z projektem nowego odcinka drogi o innej konstrukcji i parametrach.

- dwa zadania w zakresie remontu nawierzchni drogi krajowej nr 9

Z definicji zawartej w art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. nr 156, poz. 1118 ze zm.) wynika, że przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego.

W ocenie Izby wykazana przez Konsorcjum realizacja dróg bitumicznych, odcinków minimum 3 km, dotyczy przebudowy dróg, a nie budowy nowych dróg.

Budowa nowej drogi charakteryzuje się tym, iż przebiega w terenie, gdzie wcześniej sklasyfikowanej drogi nie było, i obejmuje zakresem prac niwelowanie i przygotowanie terenu, wyprofilowanie, wykonanie wszystkich warstw podbudowy itp, co nie występuje w pełnym zakresie przy przebudowie drogi.

Zamawiający, zobowiązany był, zgodnie ze swoim wcześniejszym stanowiskiem i postanowieniami siwz, wykluczyć Konsorcjum z postępowania, jako nie spełniającego warunków udziału. Wybór oferty, wykonawcy podlegającego wykluczeniu, narusza art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak trafnie podnosił Odwołujący.

Dokonanie wyboru oferty wykonawcy, nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, stanowi nierówne traktowanie wykonawców, zatem narusza art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Konsorcjum uzupełniło wymagane zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, więc w tym zakresie zarzuty stały się bezprzedmiotowe. Odwołujący nie podtrzymał również zarzutu zawyżenia ceny wywozu złomu w wybranej ofercie.

Postępowanie dowodowe wykazało, że Zamawiający poprzez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, naruszył wskazane wyżej przepisy Prawa zamówień publicznych.

Mając na względzie ustalony w toku postępowania stan rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

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

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 Opolu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

8