

Sygn. akt: KIO/UZP 363/09

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Izabela Niedziałek - Bujak
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2.04.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o., 50-512 Wrocław, ul. Tarnogajska 14** oraz **Budopol-Wrocław S.A., ul. Raławicka 15/19, 53-149 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Medyczna, 50-368 Wrocław, ul. Mikulicza-Radeckiego 5** protestu z dnia 6.03.2009 r.

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX DROMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o., 50-512 Wrocław, ul. Tarnogajska 14** oraz **Budopol-Wrocław S.A., ul. Raławicka 15.19, 53-149 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o., 50-512 Wrocław, ul. Tarnogajska 14** oraz **Budopol-Wrocław S.A., ul. Raławicka 15.19, 53-149 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o., 50-512 Wrocław, ul. Tarnogajska 14** oraz **Budopol-Wrocław S.A., ul. Raławicka 15.19, 53-149 Wrocław** na rzecz **Akademia Medyczna, 50-368 Wrocław, ul. Mikulicza-Radeckiego 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o., 50-512 Wrocław, ul. Tarnogajska 14** oraz **Budopol-Wrocław S.A., ul. Raławicka 15.19, 53-149 Wrocław.**

U z a s a d n i e n i e

W dniu 24.12.2008 r., Akademia Medyczna we Wrocławiu (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. "Zintegrowane Centrum Edukacji i Innowacji Wydziału Farmaceutycznego Akademii Medycznej we Wrocławiu", przy ul. Borowskiej 213 we Wrocławiu" i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na

podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26.02.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Budimex Dromex S.A. (dalej: Przystępujący).

W dniu 6 marca 2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane „Alfa-Dach” Sp. z o.o. oraz Budopol-Wrocław S.A. (dalej: Odwołujący) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 12.03.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 19.03.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

W ocenie Odwołującego, wykonawca, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, powinien zostać wykluczony z postępowania bowiem nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w Rozdziale IV pkt 3b SIWZ, w konsekwencji Zamawiający nie wykluczając Przystępującego, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Mianowicie Zamawiający wymagał, aby główny projektant przewidywany do realizacji zamówienia miał doświadczenie w zaprojektowaniu „co najmniej jednego obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 30 tys. m³, obejmującego pomieszczenia farmaceutyczne spełniające warunki walidacji wg standardu GLP.” Przystępujący w Załączniku nr 5 do oferty wskazał, jako głównego projektanta, Grzegorza S. Jego doświadczenie zawodowe zostało opisane na podstawie projektu wykonanego w zakresie przebudowy i modernizacji Szpitala Klinicznego nr 5 w Poznaniu, przy czym została podana kubatura obiektu oraz informacja, iż projekt obejmował pomieszczenia w standardzie GLP. Podanie jednak kubatury istniejącego szpitala i zaprojektowanie pewnego zakresu prac remontowych w jego wnętrzu nie jest równoznaczne z zaprojektowaniem obiektu kubaturowego o żądanej kubaturze. Według Odwołującego, wykładnia językowa pojęcia „zaprojektowania” wskazuje, iż chodzi tu o stworzenie projektu budowlanego stanowiącego podstawę do wzniesienia obiektu. Zamawiający sam powziął wątpliwości i wezwał Budimex Dromex S.A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tymczasem wykonawca ten w odpowiedzi złożył wyjaśnienia, które według Odwołującego nie powinny satysfakcjonować Zamawiającego, bowiem nie zawierały żadnych nowych informacji, które

mogłyby pozwolić na stwierdzenie, że wykonawca ten warunek udziału w postępowaniu spełnia.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją protestu, w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, wykluczenie Przystępującego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Budimex-Dromex S.A.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił w zakresie podnoszonego w odwołaniu zarzutu następujący stan faktyczny:

W Rozdziale IV pkt 3b SIWZ Zamawiający opisał, jakie doświadczenie winien mieć główny projektant, przewidziany do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. „min. 5 letnie doświadczenie w projektowaniu obiektów kubaturowych, w tym zaprojektowanie co najmniej jednego obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 30 tys. m³, obejmującego pomieszczenia farmaceutyczne spełniające warunki walidacji wg standardu GLP.”.

Przystępujący w ofercie oraz w wyjaśnieniach z dn. 20.02.2009 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, potwierdził, że zaproponowany przez niego projektant ma doświadczenie w odniesieniu do oczekiwanej kubatury obiektu i do wymaganego standardu (na potwierdzenie, że projekt obejmował pomieszczenia w standardzie GLP wystarczyło oświadczenie wykonawcy). Obie realizacje projektowe (dla szpitala w Poznaniu – zgodnie z wersem pierwszym tabeli rozpoczynającej się na stronie 28 oferty Przystępującego i kliniki w Bydgoszczy – zgodnie z wersem przedostatnim tabeli na stronie 29 oferty) obejmowały przebudowę obiektu (dla szpitala w Poznaniu – również modernizację).

Odwołujący na rozprawie podtrzymał w pełni argumentację opisaną w odwołaniu, opierającą się na stanowisku, że doświadczenie w wykonaniu projektu przebudowy i modernizacji obiektu nie odpowiada doświadczeniu w zaprojektowaniu nowego obiektu od podstaw, a taki właśnie obiekt jest przedmiotem zamówienia.

Wobec powyższego stwierdzenia Odwołującego, w celu rozpatrzenia odwołania, skład orzekający musiał ustalić, czy w świetle warunku opisanego w Rozdziale IV pkt 3b SIWZ Przystępujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Po analizie dokumentacji postępowania i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, iż doświadczenie projektanta ma polegać na „zaprojektowaniu jednego obiektu”. Nie sprecyzował, czy ma to być zaprojektowanie wzniesienia budynku od samych podstaw, czy mogą to być również prace o innym charakterze (przebudowa, modernizacja). W ocenie składu orzekającego Izby, mogą to być zatem wszelkie prace projektowe, związane z obiektem budowlanym, o wskazanej kubaturze i określonym standardzie.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U z 2006 r., poz. 156 Nr 1118 z późn. zm.), budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego, a zgodnie z pkt. 7 - roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

W związku z powyższym obie realizacje, wskazane przez Przystępującego - dla szpitala w Poznaniu – zgodnie z wersem pierwszym tabeli rozpoczynającej się na stronie 28 oferty Przystępującego i kliniki w Bydgoszczy – zgodnie z wersem przedostatnim tabeli na stronie 29 oferty spełniają warunek opisany przez Zamawiającego (Zamawiający przedłożył Izbie do wglądu oryginał oferty, do akt sprawy zrobiono kopię stron 26-38).

Należy zauważyć, że Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia głównego projektanta, dookreślił zakres wymaganego doświadczenia jedynie w zakresie kubatury i standardu, a nie wskazał, jakiego rodzaju prace mają być objęte projektem. Inaczej Zamawiający opisał doświadczenie kierownika robót („nadzór nad budową” obiektu o wskazanej kubaturze i wartości), a jeszcze inaczej – doświadczenie, jakim ma się wykazać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia (należało udokumentować wykonanie „min. 1 zamówienia polegającego na wybudowaniu obiektu co najmniej o wartości 40 mln. PLN”, o wskazanej minimalnej kubaturze i należącego do jednej z klas Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych wymienionych w SIWZ).

Rację ma Odwołujący, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału należy interpretować w kontekście przedmiotu zamówienia, ale równocześnie należy wziąć pod uwagę, iż zgodnie z Rozporządzeniem 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. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) Zamawiający winien ograniczyć swoje wymogi w zakresie warunków udziału w postępowaniu do robót, **odpowiadającym rodzajem** robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia,

Zamawiający ma prawo żądać od uczestników postępowania wykazu osób, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, natomiast zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia, Zamawiający ma prawo żądać wykazu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Skoro zatem wykonawca powinien wykazać, że wykonywał roboty „odpowiadające” przedmiotowi zamówienia”, trudno oczekiwać, aby personel musiał mieć doświadczenie „tożsame” z realizacją przedmiotu zamówienia (a w każdym razie bardziej zbliżone do przedmiotu zamówienia, niż doświadczenie wymagane od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia).

Zakres doświadczenia kwestionowany przez Odwołującego nie dotyczy bowiem zakresu doświadczenia samego Przystępującego, ale jego personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia. W świetle przytoczonych wyżej definicji Prawa budowlanego oraz przepisów wykonawczych do Prawa zamówień publicznych Zamawiający był uprawniony do uznania, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przedstawiając doświadczenie projektanta polegające na przebudowie i modernizacji obiektu budowlanego **o określonej kubaturze i standardzie**, ponieważ tylko te dwa ostatnie elementy miały znaczenie dla Zamawiającego przy ocenie doświadczenia projektanta, co wynikało wprost z treści SIWZ. Przy określeniu wymogu doświadczenia wykonawcy Zamawiający wskazał bowiem, że ma ono polegać na „wybudowaniu” obiektu, a przy doświadczeniu kierownika robót – na nadzorze nad „budową”, natomiast przy doświadczeniu projektanta Zamawiający w ogóle nie wskazał na rodzaj wykonywanych prac (nb. powyższa konstatacja nie przesądza, iż w odniesieniu do tamtych wymogów, nie można byłoby brać pod uwagę możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu również przez roboty polegające na przebudowie czy modernizacji obiektu, chociażby ze względu na rozumienie pojęcia „budowa” i „roboty budowlane” przez Prawo budowlane).

Odwołujący argumentował, że Zamawiający wzywając Przystępującego w dn. 18.02.2009 r. w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie, czy na podstawie projektu opracowanego dla szpitala w Poznaniu uzyskano pozwolenie na budowę, przyznał, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Jednak w ocenie składu orzekającego, taki pogląd Odwołującego jest zbyt daleko idący – Zamawiający wyjaśnił, że żądając wyjaśnień był przekonany, że pozwolenie na budowę wskaże na zakres wykonywania robót. Izba uznała, że ani pozwolenie na budowę, ani wartość prac nie są przesłankami, które pozwalają na ustalenie, czy projektant posiada wymagane doświadczenie, bowiem wskazówek w odniesieniu do takich podstaw nie było w SIWZ (wymóg wartości prac określono jedynie w stosunku do doświadczenia wykonawcy i kierownika robót), a Przystępujący już za pomocą dokumentów załączonych do oferty

wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia projektanta (wystarczające w ocenie Izby było doświadczenie w zakresie szpitala w Poznaniu).

Na marginesie należy zauważyć również, na co zwrócił uwagę Przystępujący w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, iż przebudowa i modernizacja szpitala w Poznaniu obejmowała zakresem m.in. nadbudowę jednej kondygnacji, co powodowało wzrost obciążenia na fundamenty, w związku z czym należało co najmniej zapewnić sprawdzenie, czy projektowany obiekt przeniesie dodatkowe obciążenia, oraz projektowaniem objęte były również sieci (ze względu na wzrost zapotrzebowania szpitala na media), stąd uprawnione jest stwierdzenie, że zakres wykonywanych tamże prac odpowiadał przedmiotowi zamówienia. Ponadto do przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępujący załączył wyciąg z części ogólnej opisu projektu wstępnego (założenia techniczno-ekonomiczne) dla szpitala w Bydgoszczy, z którego wynika, że projekt obejmował również budowę (od podstaw) dwóch nowych obiektów (zadanie II i III w ramach projektu całej inwestycji). Zatem prawdopodobne jest, że gdyby Zamawiający tak określił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia zawodowego głównego projektanta, jak sugeruje Odwołujący, Przystępujący również wykazałby spełnienie tak postawionego warunku.

Jednak wobec postanowień Rozdziału IV pkt 3b SIWZ, pogląd Odwołującego - jak należy rozumieć warunek polegający na doświadczeniu głównego projektanta - jest nadinterpretacją, a Przystępujący za pomocą dokumentów składanych wraz z ofertą wykazał wszystkie elementy doświadczenia głównego projektanta wymagane przez Zamawiającego w SIWZ.

Reasumując, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, i orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 Prawa zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....