

Sygn. akt: KIO 782/14

WYROK

z dnia 5 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81 – 338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10**, 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., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** na rzecz zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81 – 338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10** kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest remont oraz odbudowa umocnienia brzegowego w rejonie Oksywia (km 89,000-90,700). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 stycznia 2014 roku pod poz. 2014/ S 006-005774.

W dniu 18 kwietnia 2014 roku odwołujący - Strabag Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

- a. zaniechanie odrzucenia oferty WMW M..... P..... i W..... P..... Sp. j.
- b. zaniechanie wykluczenia z postępowania WMW M..... P..... i W..... P..... Sp. j.
- c. dokonanie wyboru oferty WMW M..... P..... i W..... P..... Sp. j. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki WMW M..... P..... i W..... P..... sp. j., która nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie 9.1.1 a siwz.
2. art. 24 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie uznania oferty spółki WMW M..... P..... i W..... P..... sp. j. za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania;
3. art. 7 ustawy pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na przeprowadzeniu oceny i klasyfikacji oferty spółki WMW M..... P..... i W..... P..... sp. j., pomimo iż podmiot ten nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie 9.1.1.a SIWZ tj. nie wykazał, iż posiada doświadczenie w budowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej takiej jak opaska brzegowa, falochron brzegowy, wał przeciwsztormowy, narzut kamienny lub z prefabrykatów, okładziny skarp, ostrogi, progi podwodne, falochron portowy zewnętrzny o wartości nie mniejszej niż 10.000.000 zł brutto, tj. że jest on zdolny do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dopuścił ofertę tego Wykonawcy do oceny i uznał ją za najkorzystniejszą, czym faktycznie w sposób nieuprawniony zrównał wymagane treścią SIWZ doświadczenie polegające na budowie lub przebudowie obiektów hydrotechnicznych z

doświadczeniem nabytym w realizacji usług projektowych i prac rozbiórkowych.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o przeprowadzenie wskazanych w uzasadnieniu odwołania wniosków dowodowych z dokumentów oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spółki WMW M..... P..... i W..... P..... Sp. j. oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wykluczenie spółki WMW M..... P..... i W..... P..... Sp. j. z postępowania i odrzucenie jej oferty.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów podniósł, że wybrany wykonawca nie wykazał **spełnienia warunku wykonania roboty budowlanej, której przedmiotem byłaby budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron brzegowy, wał przeciwsztorowy, narzut kamienny łub z prefabrykatów, okładziny skarp, ostrogi, progi podwodne, falochron portowy zewnętrzny o wartości nie mniejszej niż 10.000.000 zł brutto.**

Żadna z robót wskazanych przez Wybranego Wykonawcę w Wykazie Robót Budowlanych stanowiącym Załącznik Nr 5 „Wykaz Robót Budowlanych” nie potwierdza wykonania robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej, których wartość odpowiadałaby wymogom treści SIWZ, tj. nie byłaby mniejsza niż 10 mln zł brutto. W szczególności wymagania tego nie spełnia wskazane przez wykonawcę pod pozycją 5 w Wykazie Robót Budowlanych zadanie pn. „Budowa opaski brzegowej narzutowej z kamienia łamanego na 328,90-330,28 km brzegu morskiego w Kołobrzegu (odcinek 1390mb). Na realizację tego zadania składało się wykonanie przez wybranego wykonawcę:

- umowy podstawowej Nr 02/OW/2011 z dnia 29 sierpnia 2011 roku o łącznej wartości wynagrodzenia wykonawcy 9.186.180 zł brutto oraz
- umowy Nr TI/05/2012 zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki na podst. art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Ustawy PZP zawartej w dniu 20 marca 2012 roku (umowa na prace dodatkowe) o łącznej wartości wynagrodzenia wykonawcy 2.199.993,38zł brutto.

Odwołujący, powołując się na § 9 ust. 1 umowy Nr 02/OW/2011 wskazał, że na łączną kwotę wynagrodzenia, wynikającego z tytułu jej realizacji składały się:

- wynagrodzenie za wykonanie mapy do celów projektowych w kwocie brutto 30.750,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie badań geotechnicznych w kwocie brutto 30.750,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie koncepcji projektowej w kwocie brutto 61.500,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie projektu budowlanego w kwocie brutto 147.600,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie prac rozbiórkowych istniejącej ścianki szczelnej drewnianej w kwocie brutto 2.400.000,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie zbrojenia geosyntetycznego w kwocie brutto 223.560,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie robót ziemnych w kwocie brutto 40.020,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie robót ziemnych - narzutów (opaska lekka) za kwotę 3.510.00zł brutto,
- wynagrodzenie za wykonanie robót ziemnych - narzutów (opaska ciężka) za kwotę

1.842.000zł brutto,

- wynagrodzenie za wykonanie robót żelbetowych - prefabrykacja za kwotę 900.000zł brutto.

Z powyższego wynika, że wprawdzie cały przedmiot zamówienia opiewał na kwotę 9 186 180 zł, jednakże wartość prac polegających na budowie morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci opaski brzegowej wynosiła jedynie 6.515.580 zł. Prace polegające na wykonaniu mapy do celów projektowych, wykonaniu badań geotechnicznych, wykonaniu koncepcji projektowej, wykonanie projektu budowlanego oraz wykonaniu robót rozbiórkowych ścianki szczelnej drewnianej, objęte także Umową Nr 02/OW/2011 o łącznej wartości 2.670.600,00 zł nie mogą być uznane za roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron brzegowy, wał przeciwsztormowy, narzut kamienny lub z prefabrykatów, okładziny skarp, ostrogi, progi podwodne, falochron portowy zewnętrzny. Wskazane powyżej prace są w istocie usługami niepolegającymi na wykonywaniu jakichkolwiek robót budowlanych, których wykonanie w żaden sposób nie przysparza ich wykonawcy wiedzy i doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, których wykazania Zamawiający wymagał w siwz.

Spośród prac wykonanych przez Wybranego Wykonawcę na podstawie umowy Nr TI/05/2012 za łączną kwotę 2.199.993,38 zł brutto, żadna z nich nie potwierdza jego zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia. Prace objęte Umową Nr TI/05/2012 nie obejmowały budowy morskiej budowli hydrotechnicznej a dotyczyły jedynie rekonstrukcji wypłukanej przez sztorm wydmy. Potwierdza to opublikowane w dniu 15 marca 2012 roku przez Urząd Morski w Słupsku ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - roboty dodatkowe, sekcja III pkt 2 uzasadnienia wyboru. Przedmiotem tych prac było wyłącznie uzupełnienie strat w wale wydmowym spowodowanych silnym sztormem, przez ponowne odłożenie określonej ilości materiału wraz z jego umocnieniem za pomocą materiałów geosyntetycznych oraz zagęszczania. Tym samym ich wartość nie powinna być uwzględniana dla wartości roboty polegającej na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej.

Odwołując się do postanowień § 9 ust. 1 umowy Nr TI/05/2012 wskazał, że łączna kwota wynagrodzenia obejmowała:

- wynagrodzenie za wykonanie mapy do celów projektowych w kwocie brutto 14.760,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie koncepcji projektowej w kwocie brutto 18.450,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie projektu budowlanego w kwocie brutto 49.200,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie prac rozbiórkowych osłoniętych elementów starych konstrukcji żelbetowych w kwocie brutto 36.082,00 zł
- wynagrodzenie za wykonanie zbrojenia geosyntetycznego w kwocie brutto 497.087,28 zł
- wynagrodzenie za wykonanie robót ziemnych w kwocie brutto 1.288.141,04zł

Łączna wartość robót wykonanych na podstawie Umowy Nr TI/05/2012, obejmujących wykonanie zbrojenia geosyntetycznego oraz robót ziemnych wynosiła tylko 2.081.500,76zł brutto. Kwota ta, po zsumowaniu z kwotą 6.515.580 zł brutto robót polegających na budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych wykonanych przez wybranego Wykonawcę na podstawie Umowy Nr 02/OW/2011 daje łącznie kwotę 8.597.080,76zł brutto, co nie pozwala uznać iż wymóg wartości

żądanych robót m.in. 10 000 000 zł został wykazany.

Podsumowując wskazał, że nie można uznać, że wiedza i doświadczenie w realizacji robót rozbiórkowych i prac projektowych są dostateczne do wykazania zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia. Rozbieżność pojęć budowa, przebudowa i rozbiórka jest dostatecznie dostrzegalna dla każdego, tym bardziej dla wybranego wykonawcy, który miał świadomość iż znaczna część wartości wykonanych przez niego prac w ramach zadania nr 5 dotyczy prac rozbiórkowych i projektowych.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 16.1.1 a siwz zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące w szczególności: posiadania wiedzy i doświadczenia (w przypadku wykonawców składających ofertę wspólną spełnienie powyższego warunku będzie oceniane łącznie), tj. wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej (budowli morskiej), w tym jednej roboty, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron brzegowy, wał przeciwsztormowy, narzut kamienny lub z prefabrykatów, okładziny skarp, ostrogi, progi podwodne, falochron portowy zewnętrzny o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł (dziesięć milionów złotych).

Celem potwierdzenia spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu w ofercie wykonawcy WMW M..... P..... i W..... P..... sp.j. złożono wykaz, zawierający 8 robót budowlanych, w tym jedną robotę w poz. 5 wykazu p.n. „Budowa opaski brzegowej narzutowej z kamienia łamanego na 328,90 – 330,28 km brzegu morskiego w Kołobrzegu (odcinek 1390mb) o wartości 11 386 173,38 zł, wykonaną w okresie 29.08.2011-23.06.2012. Do oferty załączono referencje z dnia 29.06.2012 roku, wystawioną przez Urząd Morski w Słupsku, w której zaświadcza się, że wykonawca WMW M..... M..... P..... i W..... P..... wykonał robotę budowlaną w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz wskazuje, że w ramach zadania wykonano: projekt budowlany, ułożenie geowłókniny, rozłożenie pospółki, ułożenie mat wierzbowych, wykonanie narzutu kamiennego, wykonanie gruntu zbrojonego z geotkaniny i pospółki, wykonanie dwóch zjazdów z płyt drogowych pełnych. Wartość prac wraz z robotami dodatkowymi wyniosła 11 386 173,38 zł.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez odwołującego umowy z dnia 29.08.2011 nr 02/OW/2011, z dnia 20.03.2012 nr TI/05/2012 oraz ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na roboty dodatkowe a także złożone przez zamawiającego w toku rozprawy pismo z dnia 25 kwietnia 2014 roku Urzędu Morskiego w Słupsku oraz fotografie przedstawiające zakres wykonywanych prac.

Izba nie podzieliła argumentacji zaprezentowanej w toku rozprawy przez odwołującego, że przez użycie w treści opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu sformułowania „roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej” zamawiający ograniczył możliwość wykazania się przez wykonawców wykonanymi robotami budowlanymi wyłącznie do robót polegających na budowie lub przebudowie z wyłączeniem robót polegających na np. rozbiórce czy zaprojektowaniu.

Za szerokim rozumieniem treści opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu przemawia choćby jego literalne brzmienie, gdzie zamawiający wymaga wykazania się robotą budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa a nie wskazuje, że chodzi o robotę budowlaną polegającą wyłącznie na budowie lub przebudowie. Za wystarczające, zdaniem Izby, należy uznać wykazanie się przez wykonawców robotą budowlaną w zakres której wchodziła budowa lub przebudowa, niezależnie od występowania innych elementów związanych z procesem budowlanym lub której efekt końcowy polegał na wybudowaniu nowego lub przebudowie istniejącego obiektu i której wartość (roboty budowlanej) wynosiła nie mniej niż 10 000 000 zł brutto. Nie można podzielić także twierdzenia odwołującego, że pojęcia „budowa lub przebudowa” użyte w treści warunku wymaganego doświadczenia należy interpretować na gruncie przepisów Prawa Budowlanego. Stanowisko to jest nieuprawnione z uwagi choćby na to, że w treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak odesłania do przepisów Prawa Budowlanego, co pozwala przyjąć za słuszne twierdzenie, że pojęciom tym należy raczej nadać rozumienie potoczne. Jak słusznie wskazał zamawiający w treści złożonej odpowiedzi na odwołanie z kodeksowej definicji roboty budowlanej, zawartej w art. 647 kc wynika, że umowa o roboty budowlane ma charakter złożony i kompleksowy, a jej celem jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Wskazać należy także na definicję robót budowlanych zawartą w art. 2 pkt 8

ustawy Pzp, zgodnie z którą przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przywołana definicja z art. 2 pkt 8 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień dyrektyw unijnych 2004/18/WE oraz 2004/17/WE i wskazuje na konieczność odejścia od definiowania pojęcia „roboty budowlanej” w oparciu o definicje zawartą w Prawie Budowlanym.

Z powyższych względów dopuszczalne jest, zdaniem Izby, przyjęcie do wartości robót budowlanych spełniających wymagany warunek udziału w postępowaniu, wartości wykonanych w ramach umowy o roboty budowlane prac projektowych i rozbiórkowych. Jak wynika z treści referencji roboty te były realizowane w systemie „projektuj i buduj”, co oznacza, że do wartości robót budowlanych należy wliczyć także wartość prac projektowych, prac geodezyjnych czy wykonania koncepcji.

Z kolei roboty rozbiórkowe, które były wykonywane w ramach realizacji zadania „Budowa opaski brzegowej narzutowej z kamienia łamanego na 328,90 - 330,28 km brzegu morskiego w Kołobrzegu” polegające na rozebraniu istniejącej, starej ścianki szczelnej stanowiły w tym zamówieniu publicznym immanentny element całego procesu budowlanego, bez wykonania których nie osiągnięto oczekiwanego efektu w postaci wybudowania budowli hydrotechnicznej. Realizacja robót rozbiórkowych jest ściśle związana z wykonaniem prac budowlanych w zakres których wchodziła budowa opaski brzegowej a ich wykonanie jest konieczne dla realizacji kolejnych etapów robót.

Zadaniem Izby zamawiający wykazał także, że robota objęta umową z dnia 20.03.2012 nr TI/05/2012, spełniała wszelkie przesłanki roboty dodatkowej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bez wykonania której niemożliwym było wykonanie roboty podstawowej polegającej na budowie opaski brzegowej narzutowej z kamienia łamanego. Prace polegające na uzupełnieniu wydmy, która w wyniku złych warunków atmosferycznych została częściowo rozmyta były niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego tj. budowy morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci opaski brzegowej. Okoliczność, że roboty podstawowe i dodatkowe stanowią niepodzielną całość została potwierdzona w złożonym przez zamawiającego piśmie z dnia 25 kwietnia 2014 roku, wystawionym przez Urząd Morski w Słupsku. Stąd zasadnym jest wliczenie wartości wykonanych robót dodatkowych w kwocie 2 199 993,38 zł do wartości zamówienia podstawowego w kwocie 9 186 180 zł, co oznacza, że wykonawca WMW M..... M..... P..... i W..... P..... wykazał, że

spełnia opisany przez zamawiającego warunek wymaganego doświadczenia i posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: