

Sygn. akt: KIO/UZP 522/09

WYROK
z dnia 5 maja 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Marzena Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: MUR-BET Adam Dumana, MUR-BET Adam Dumana i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych S.A., 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy w Pleśnej, 33-171 Pleśna, Pleśna 240** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: MUR-BET Adam Dumana, MUR-BET Adam Dumana i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych S.A., 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99**

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 **Konsorcjum: MUR-BET Adam Dumana, MUR-BET Adam Dumana i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych S.A., 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: MUR-BET Adam Dumana, MUR-BET Adam Dumana i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych S.A., 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99.**

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

Zamawiający - Gmina Pleśna, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana pod nazwą: odnowa centrum wsi Pleśna.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 17.02.2009 w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 31474 -2009.

Postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - zwanej dalej ustawą pzp.

Pismem z dnia 3.04.2009 roku, doręczonym Zamawiającemu w dniu 6.04.2009 roku, Odwołujący - wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - MUR - BET Adam Dumana, MUR - BET Adam Dumana i Wspólnicy sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. w Nowym Sączu, złożył protest na czynności Zamawiającego, o których został poinformowany dnia 30.03.2009 roku polegające na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

Konsorcjum Krzysztof Cetnar Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „MEGBUD” oraz Jan Cabak Firma Usługowa „EKO-REM-BUD”.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, oraz art. 25 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 1 ust 2 pkt 1 rozporządzenia 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 2006 Nr 87, poz. 605 ze zm.) .

Podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu była przesłanka wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, gdyż Odwołujący mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w sekcji II pkt 1.1.1.1.siwz. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Odwołujący zacytował definicje robót budowlanych, obiektu budowlanego, budynku oraz budowli, zawarte w ustawie prawo budowlane i wskazał, że Zamawiający używając w siwz sformułowania „robót budowlanych takich jak budowa, remont, modernizacja obiektów kubaturowych”, nie określił co rozumie przez „obiekt kubaturowy”. Pojęcie to nie jest zdefiniowane ani w ustawie pzp, ani też w Prawie budowlanym jak i kodeksie cywilnym. Zamawiający nie przesądził, iż zarówno budowa, remont jak i modernizacja muszą się odnosić tylko i wyłącznie do obiektów kubaturowych. Słowa „...takie jak...” nie oznaczają bowiem, iż Zamawiający wykluczył roboty budowlane odnoszące się do innych obiektów.

Przedstawione w ofercie roboty budowlane o wartości łącznej powyżej 12 mln. zł i o wartości każdej z nich powyżej 3 mln. potwierdzają spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wszystkie referencje dotyczą robót kubaturowych, gdyż dotyczą obiektów budowlanych. Pojęcie „robót kubaturowych” użyte w treści warunku nie odnosiło się wyłącznie do budynków. Kubatura oznacza tubus „sześciannych” i jest miarą pojemności i objętości wyrażaną w metrach sześciennych. W ocenie Odwołującego roboty wchodzące w zakres zadań „budowa obwodnicy Starego Sącza” oraz „Odnowa nawierzchni drogi krajowej nr 28 na odcinku Mszana Dolna – Kasina Wielka”, polegające na budowie mostów, wiaduktów, wykopach pod fundamenty oraz ich zasypywaniu to roboty kubaturowe.

Odwołujący podniósł także, iż Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy pzp. Cena oferty Odwołującego wynosi 4 086 783,85 zł a sama wartość robót dotyczących szkoły, domu kultury, sali gimnastycznej, łącznika wynosi 1 459 201,86 zł. Zatem jeśli Zamawiający przez roboty kubaturowe rozumie roboty dotyczące budynków, to dlaczego żądał wykazania się doświadczeniem na kwotę

łącznie 12 mln. zł i wartości każdej z robót min. 3 mln zł. Takie sformułowanie warunku jest sprzeczne z treścią § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia wynosi 133% minimalnej wartości poszczególnych żądanych robót kubaturowych.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wymóg jaki wynika z wyjaśnień z dnia 3.02.2009 roku, aby Wykonawcy wyszczególnili roboty składające się na zrealizowane zamówienia, jest sprzecznych w przywołanym rozporządzeniu, które dopuszcza jedynie żądanie wykazu wykonanych robót budowlanych. Na poparcie swoich twierdzeń powołał wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2008 roku KIO/UZP/43/07.

Zamawiający pismem z dnia 15.04.2009 roku, doręczonym Odwołującemu w dniu 17.04.2009 roku, protest odrzucił, wskazując, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do doświadczenia zawodowego.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 20.04.2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał argumentację i zarzuty zawarte w proteście i wniósł o nakazanie:

1. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty.
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Krzysztof Cetnar Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe "MEGBUD" oraz Jan Cabak Firma Usługowa „ EKO – REM – BUD”
3. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
4. nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty Odwołującego a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Wartość przedmiotowego zamówienia publicznego wynosi 3 893 028,87 netto tj. 1 003 950,49 euro i nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zarzuty odwołania dotyczą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, zatem mieszczą się w katalogu zarzutów określonych w art. 184 ust.

1 a ustawy pzp, od których przysługuje odwołanie nawet w sytuacji, gdy wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zgodnie z działem II. 1.1.1.1 siwz, Zamawiający ustalił, że w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie wyrażające się: wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat:

co najmniej 2 robót budowlanych takich jak budowa, remont, modernizacja obiektów kubaturowych, spełniających łącznie następujące wymagania:

- a. sumaryczna wartość wszystkich robót przedstawionych do oceny nie może być mniejsza niż 12 000 000 PLN brutto,**
- b. każda z przedstawionych do oceny robót nie może być mniejszej wartości niż 3 000 000 PLN brutto;**

oraz

wykonanie robót drogowych lub polegających na zagospodarowaniu terenu o wartości min. 2 000 000 PLN

wykonanie robót instalacyjnych o wartości min. 2 000 000 PLN

Roboty wymienione w pkt. 1.1.1.2 oraz 1.1.1.3 mogą być zrealizowane w ramach robót określonych w pkt. 1.1.1.1 lub osobno. Całość wykonania wszystkich przedstawionych do oceny robót musi mieścić się w ostatnich 5 latach licząc od dnia wszczęcia niniejszego postępowania.

Na potwierdzenie spełnienia ww warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący przedstawił w ofercie i w uzupełnieniu wykaz następujących robót budowlanych:

1. wykonanie sali gimnastycznej przy Zespole Szkół w Gródku n/Dunajcem wraz z przewiązką o wartości 3 029 949,09 zł,
2. budowa hali magazynowej wraz z infrastrukturą i pełnym wyposażeniem o wartości 4 021 903,24 zł,
3. kanalizacja sanitarna dla m. Tylmanowa i Ochotnica Dolna o wartości 3 177 499,22 zł,
4. odnowa nawierzchni drogi krajowej nr 28 na odcinku Mszana Dolna - Kasina Wielka o wartości 7 252 167,56 zł
5. budowa obwodnicy Starego Sącza o wartości 53 919 931,25 zł.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy a Odwołujący posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do wniesienia odwołania. Uwzględnienie bowiem zarzutów odwołania spowoduje możliwość uzyskania zamówienia publicznego przez Odwołującego.

Z treści warunku określonego w pkt 1.1.1.1 siwz wynika, że Zamawiający wymagał przedstawienia co najmniej 2 robót budowlanych takich jak budowa, remont, modernizacja obiektów kubaturowych, spełniających dodatkowo łącznie wymagania co do wartości: sumaryczna wartość wszystkich robót przedstawionych do oceny nie może być mniejsza niż 12 000 000 PLN brutto, a każda z przedstawionych do oceny robót nie może być mniejszej wartości niż 3 000 000 PLN brutto.

Zamawiający wymagał, aby roboty podlegające ocenie polegały na wykonaniu robót budowlanych takich jak budowa, remont, modernizacja obiektów kubaturowych. Przy czym Zamawiający w siwz nie określił co rozumie pod pojęciem „obiekt kubaturowy”. Analiza tego warunku, skłania do twierdzenia, że pojęcie „obiekt kubaturowy” użyte w treści warunku należy odnieść zarówno do budowy, remontu czy modernizacji, wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Bezspornym między stronami jest to, że realizacje przedstawione w poz. 2 i 3 „doświadczenie zawodowe” polegające na wykonaniu sali gimnastycznej przy Zespole Szkół w Gródku n/Dunajcem oraz budowie hali magazynowej wraz i infrastrukturą są robotami budowlanymi kubaturowymi, a wartość każdej z nich przekracza wartość 3 mln zł, wymaganą przez Zamawiającego w warunku określonym w siwz. Przy czym łączna ich wartość wynosi ok. 7 mln zł i nie przekracza wymaganej sumarycznej wartości robót 12 mln. zł.

Istota sporu sprowadza się do rozumienia pojęcia „obiekt kubaturowy” i stwierdzenia czy roboty budowlane polegające na odnowie nawierzchni drogi czy budowie obwodnicy oraz kanalizacji sanitarnej mogą być zaliczone do robót budowlanych polegających na budowie, remoncie, modernizacji obiektów kubaturowych.

Ustawa Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 roku (Dz. U. 2006, nr 156, poz. 1118 ze zm.) definiuje pojęcie **objektu budowlanego**, zaliczając do nich budynki wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowle oraz obiekty małej architektury. Za budynek należy rozumieć obiekt budowlany, który jest trwale z gruntem związany, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. W pojęciu budowli mieści się każdy obiekt budowlany, niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury,

jak: lotniska, drogi, linie kolejowe, mosty, wiadukty, tunele, sieci techniczne, urządzenia reklamowe etc. Za obiekt małej architektury ustawa prawo budowlane uznaje: niewielkie obiekty w szczególności kultu religijnego: kapliczki, krzyże, figury, posągi, obiekty architektury ogrodowej oraz służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, np. piaskownice, huśtawki etc.

Ustawa prawo budowlane nie definiuje pojęcia „obiekt kubaturowy”, brak również takiej definicji w innych aktach prawnych.

W potocznym rozumieniu pojęcie „**kubatury**” oznacza „pojemność” lub „objętość” obiektu. Zgodnie ze Słownikiem Wyrazów Obcych i Zwrotów Obcojęzycznych Władysława Kopalińskiego (wydanie trzecie, Warszawa 1983 rok) „kubatura” oznacza pojemność, objętość zazwyczaj w metrach sześciennych, zaś z łac. „tubus” oznacza sześcian.

„Kubatura” oznacza „objętość” budynku liczoną jako iloczyn powierzchni rzutu każdej kondygnacji, mierzonej po zewnętrznym obrysie ścian i wysokości danej kondygnacji.

Kubatura brutto budynku to suma kubatury brutto wszystkich kondygnacji, stanowiąca iloczyn powierzchni całkowitej, mierzonej po zewnętrznym obrysie przegród zewnętrznych i wysokości kondygnacji brutto, albo między podłogą na stropie lub warstwą wyrównawczą na gruncie a górną powierzchnią podłogi bądź warstwy osłaniającej izolację cieplną stropu nad najwyższą kondygnacją, przy czym do kubatury brutto budynku:

- a. wlicza się kubaturę przejść, prześwitów i przejazdów bramowych, poddaszy nieużytkowych oraz przekrytych części zewnętrznych budynku, takich jak: loggie, podcienia, ganki, krużganki, werandy, a także kubaturę balkonów i tarasów, obliczaną do wysokości balustrady,

- b. nie wlicza się kubatury ław i stóp fundamentowych, kanałów i studzienek instalacyjnych, studzienek przy oknach piwnicznych, zewnętrznych schodów, ramp i pochylni, gzymsów, daszków i osłon oraz kominów i attyk ponad płaszczyzną dachu.

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej definicje „objektu budowlanego” oraz „kubatury” należy uznać, że „obiekt kubaturowy” to obiekt, którego „przestrzeń” , „pojemność” liczona jest w m³, czyli za obiekty kubaturowe należy rozumieć wszelkiego typu budynki. Obiektami kubaturowymi nie są: budowle (np. drogi, mosty, sieci techniczne, linie kolejowe etc) ani obiekty małej architektury (posągi, kapliczki etc) w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.

Wobec powyższego nie można uznać, że roboty budowlane przedstawione przez Odwołującego w wykazie doświadczenia w poz. 1- wykonanie kanalizacji sanitarnej, poz. 3 - wykonanie drogi krajowej nr 28 na odcinku Mszana Dolna – Kasina Wielka oraz referencji przedstawionej w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 dotyczącej

budowy obwodnicy Starego Sącza, w skład której wchodziła budowa mostów i wiaduktów są robami budowlanymi obiektów kubaturowych.

Zamówienia te są w istocie robotami budowlanymi obiektów budowlanych (budowli), ale nie można przypisać im parametru kubatury, wymaganego przez Zamawiającego w siwz.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodnego z przepisami rozporządzenia ustalenia zbyt wygórowanego co do wartości warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, Izba uznała, że zarzut ten sprowadza się w istocie do kwestionowania warunku udziału w postępowaniu, z którego treścią Odwołujący mógł się zapoznać już od dnia publikacji ogłoszenia i siwz na stronie internetowej Zamawiającego tj. od dnia 17.02.2009.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut ten jest zarzutem spóźnionym w rozumieniu art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy pzp i pozostawiła go bez rozpoznania. Odwołujący, przystępując do udziału w postępowaniu i nie korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej, niejako zgodził się na tak ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Podobnie za spóźniony Izba uznała zarzut dotyczący wymogu żądania wyszczególnienia robót, składających się na realizowane zamówienie, zgodnie z wyjaśnieniem z dnia 3 lutego 2009 roku. Termin na wniesienie protestu na czynność wyjaśniania i wprowadzenia ewentualnego wymogu, który jest niezgodny z przepisami prawa zaczyna swój bieg od dnia doręczenia treści wyjaśnień.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 1 ust 2 pkt 1 rozporządzenia 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, z uwagi na fakt, że zostały zgłoszone po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....