

Sygn. akt: KIO 13/12

WYROK

z dnia 17 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Hydrobudowa Polska S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) PBG Technologia Sp. z o.o., (3) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

(1) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Mostostal Zabrze Holding S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Hydrobudowa Polska S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) PBG Technologia Sp. z o.o., (3) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych. Zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Hydrobudowa Polska S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) PBG Technologia Sp. z o.o., (3) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wybudowanie Stadionu Miejskiego oraz Hali Sportowej przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2011 roku pod numerem 2011/S 126-208819.

Odwołujący HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG Technologia sp. z o.o., REMAXBUD sp. z o.o. - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (zwani dalej Odwołującym) wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczących dokonania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. i Mostostal Zabrze Holding S.A. (zwane dalej Konsorcjum BUDUS), zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum BUDUS jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BUDUS, mimo że ich treść nie odpowiadała wymogom SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum BUDUS, powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum BUDUS i odrzucenia jej jako niezgodnej z SIWZ, wyboru oferty Konsorcjum Hydrobudowa jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Wykonawcę Konsorcjum BUDUS jest niezgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści SIWZ - Programie Funkcjonalno Użytkowym (PFU) zmienionym Erratą do PFU - STADION i dodatkowo wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie Wykonawców nr 124. W Programie Funkcjonalno - Użytkowym punkcie I.4.B.I., w części dotyczącej „Oświetlenia płyty boiska” Zamawiający wskazał, że „Stadion musi być wyposażony w system sztucznego oświetlenia (z możliwością rozbudowy) utrzymujący minimalne średnie

natężenie oświetlenia na poziomie 1400 Ev (lx), w kierunku zainstalowanych na stałe kamer. Oświetlenie musi pokrywać równomiernie każdy obszar pola gry, w tym narożniki. W celu zapewnienia możliwości kontynuacji meczu w przypadku awarii zasilania stadion winien być wyposażony w niezależny system zasilania awaryjnego, zdolny do zapewnienia natężenia światła 800 Ev (lx)". W punkcie 1.2.4. PFU „Wymagania szczegółowe w odniesieniu do konstrukcji" wskazano, że „Oświetlenie stadionu ma być mocowane do konstrukcji zadaszania widowni lub montowane na niezależnych słupach." W Erracie do PFU - STADION w punkcie 10 Zamawiający zmienił wymogi określone w punkcie 1.1.4.B.1 PFU między innymi poprzez dodanie zdania „Zamawiający nie dopuszcza rozwiązania wykorzystującego maszty oświetleniowe." Zamawiający potwierdził powyższą zmianę PFU poprzez wyjaśnienia udzielane Wykonawcom w trakcie postępowania, w odpowiedzi na pytanie nr 124: „W PFU dotyczącym stadionu I.4.B.I. „Dane Techniczne", ogólnie opisano oświetlenie płyty boiska. Zamawiający nie definiuje czy ma być to oświetlenie na masztach, czy może być obwodowe na konstrukcji zadaszania. Prosimy zatem o potwierdzenie, że każde z przyjętych w koncepcji rozwiązań będzie traktowane jako prawidłowe i zgodne z zapisami PFU." Zamawiający odpowiedział, iż „nie dopuszcza rozwiązania wykorzystującego maszty oświetleniowe. Powyższa zmiana została uwzględniona poprzez zmianę SIWZ."

Odwołujący podniósł, iż z powyższego jednoznacznie wynika, że wymaganiem Zamawiającego określonym w SIWZ było zaprojektowanie oświetlenia obwodowo na konstrukcji zadaszania bez wykorzystania masztów oświetleniowych. Odwołujący zauważył, iż Wykonawca Konsorcjum BUDUS w złożonej ofercie przyjął rozwiązanie instalacji oświetlenia stadionu poprzez montaż masztów oświetleniowych na konstrukcji zadaszania widowni. Takie rozwiązanie zdaniem Odwołującego pozostaje w sprzeczności z wymogami SIWZ. Stanowisko Zamawiającego o niedopuszczalności rozwiązania wykorzystującego maszty oświetleniowe zostało wprost wyrażone w Erracie do PFU i w odpowiedzi na pytanie 124.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wskazuje na niezgodność oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum BUDUS z SIWZ. Tym samym oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako nieodpowiadająca treści SIWZ.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A. Mostostal Zabrze Holding S.A. (zwani dalej Przystępującym).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Odwołujący legitymuje się interesem w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP. Gdyby Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Konsorcjum BUDUS jako nieodpowiadającą treści SIWZ, dokonałby wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zawierającej drugą cenę.

Przede wszystkim Izba ustaliła, iż podstawowy zarzut powołany w odwołaniu, polegający na zastosowaniu przez Przystępującego masztów oświetleniowych oparty został wyłącznie na wyglądzie wizualizacji stadionu. W treści złożonej przez Przystępującego oferty brak jest jakiegokolwiek informacji na temat zastosowania przez Przystępującego masztów oświetleniowych w systemie oświetlenia stadionu.

Ponadto Izba ustaliła, iż w pytaniu nr 124 zadany przez jednego z wykonawców, Zamawiający został poproszony o potwierdzenie, która z koncepcji rozwiązań oświetleniowych Zamawiający uznaje za zgodną z zapisami PFU: czy oświetlenie na masztach, czy też oświetlenie obwodowe na konstrukcji zadaszania. Należy zauważyć, że już sama treść pytania wskazuje, że istnieją dwa różne systemy oświetlenia, możliwe do zastosowania dla oświetlenia stadionu. Zamawiający wykluczając jeden z tych systemów, dopuścił drugi z nich, jako możliwy do zastosowania. W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający bowiem jednoznacznie oświadczył, iż nie dopuszcza rozwiązania polegającego na wykorzystaniu masztów oświetleniowych. Z powyższego można także wywieść, iż oświetlenie na konstrukcji zadaszania nie wiąże się z masztami oświetleniowymi, lecz jest odrębnym rozwiązaniem, innym niż oświetlenie oparte na masztach oświetleniowych. Zamawiający wskazał jednoznacznie, iż wiążącym wykonawców rozwiązaniem jest system instalowania oświetlenia wykorzystujący konstrukcję dachu jako podstawę tego systemu. Wykonawca Konsorcjum Budus wykorzystał konstrukcję zadaszania stadionu jako podstawę do zainstalowania elementów wsporczych systemu oświetlenia. Z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie numer 124 wynika, iż Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie, przewidujące oświetlenie obwodowe na konstrukcji zadaszania, a tym samym zaproponowanie takiego rozwiązania nie może zostać uznane za sprzeczne z PFU.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż w toku postępowania nie wykazano, aby w polskim prawie istniała legalna definicja pojęcia maszt oświetleniowy. Również sam Odwołujący stwierdził, że brak jest normy określającej dokładną definicję takiej konstrukcji. Pojęcie zatem

masztu może być pojmowane w różny sposób. Skoro więc Zamawiający nie zawarł w SIWZ definicji masztu oświetleniowego, to wszelkie braki, czy niejednoznaczności lub też wątpliwości, nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

W przedstawionej przez Przystępującego opinii sporządzonej przez inż. Henryka T. podkreślono, iż maszt kwalifikowany jest zgodnie z prawem budowlanym jako budowla, natomiast zaproponowane w ofercie Przystępującego rozwiązanie systemu oświetlenia, polegające na zastosowaniu konstrukcji wsporczej dla opraw oświetleniowych montowanych do konstrukcji zadaszania, nie może być uznane za maszt. Przystępujący przedstawił również opinię dr. inż. Stanisława Karczmarczyka. Autor tej opinii stwierdził, iż jednym z podstawowych elementów masztu jest jego dominująca funkcja wsporcza, przekazująca obciążenia na własny fundament. Funkcji tej nie spełniłby element wspornikowy zamocowany do konstrukcji dachu nad trybunami. Dr Karczmarczyk podkreślił, iż zgodnie z przepisami prawa budowlanego, maszt powinien zostać zakwalifikowany jako budowla, natomiast zaprojektowany przez Przystępującego wspornik konstrukcji oświetlenia powinien zostać zakwalifikowany jako element konstrukcyjny. W opinii samego autora projektu złożonego przez Przystępującego, wskazane w koncepcji pionowe elementy na dachu stadionu nie mogą być traktowane jako maszty oświetlenia, lecz istotne z punktu widzenia idei architektonicznej elementy ażurowych kratownic, niezbędnych do zamontowania oświetlenia. Powyższe opinie potwierdzają więc stanowisko Przystępującego, iż zaproponowany przez niego system oświetlenia nie przewiduje wykorzystania masztów oświetleniowych, a więc jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Podkreślić należy, iż zawarte w SIWZ wymagania nie dotyczyły konieczności przedstawienia sposobu rozmieszczenia jakichkolwiek instalacji na proponowanym przez wykonawców obiekcie. Koncepcja architektoniczno – urbanistyczna przedstawiana przez wykonawców w ofercie stanowi jedynie pierwszą fazę postępowania przedprojektowego. Koncepcja taka zawiera jedynie wskazanie idei, która przełoży się na konkretny projekt dopiero po podpisaniu umowy. Przedstawiona przez wykonawców koncepcja ma jedynie charakter poglądowy. Niniejsze postępowanie ma charakter „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, iż szczegółowe rozwiązania, do których należy także zaliczyć rozwiązania instalacyjne, w tym oświetleniowe, będą powstawały dopiero sporządzania szczegółowych projektów budowlanych, a więc na etapie kilka miesięcy po podpisaniu umowy. Koncepcja będzie jedynie punktem wyjścia do sporządzenia projektów zawierających wszystkie wymagania konstrukcyjno – instalacyjne. Powyższe potwierdza także fakt, iż w ofercie Odwołującego – przedstawionej przez niego koncepcji wizualnej, nie wskazano sposobu rozwiązania systemu oświetlenia na stadionie. W związku z tym Izba uznała, iż tym bardziej nie można mówić o niezgodności z PFU stanowiącym załącznik do SIWZ.

Przystępujący złożył oświadczenie, że zaproponowana przez niego koncepcja uwzględnia wszystkie wymagania PFU. Podkreślił, iż zamieszczone na wizualizacji elementy pionowe nie są elementami wolnostojącymi (co jest cechą charakterystyczną masztów), tym samym nie należą do kategorii obiektów budowlanych (zgodnie z kategorią 29 prawa budowlanego). Powyższe oświadczenie potwierdzone zostało złożoną przez Przystępującego opinią autora projektu, w której wyjaśniono, iż pionowe elementy są elementami wsporczymi, które zostaną ze sobą wzajemnie powiązane i będą elementem przestrzennych kratownic, zamontowanych w poziomie do dźwigarów głównej konstrukcji zadaszenia. Ostateczne rozwiązanie konstrukcyjne zdecydowane zostanie na etapie projektu budowlanego, po dokonaniu obliczeń konstrukcyjnych. Jednocześnie należy wskazać na treść odpowiedzi na pytanie nr 43, zgodnie z którą Zamawiający dopuścił możliwość zainstalowania na konstrukcji dachu elementów urządzeń i instalacji niezbędnych do funkcjonowania stadionu, w tym także systemu oświetlenia.

W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego wydruki ze stron internetowych nie dowodzą stanowiska przedstawionego przez Odwołującego. Przeciwnie - wskazują, iż pojęcie masztu oświetleniowego związane jest z trwałym osadzeniem takiej konstrukcji w gruncie. Przedstawione bowiem zdjęcia ukazują wysokie konstrukcje wolnostojące opisane jako maszty oświetleniowe. Zaś przedstawione zdjęcie mające przedstawiać maszty oświetleniowe o wysokości 4 m. dotyczy konstrukcji tymczasowych, niezwiązanych trwale z gruntem. Ponadto zdjęcie sugeruje, iż maszty te są zasilane ze spalinowego generatora prądotwórczego. Powyższe konstrukcje są jedynie obiektami krótkotrwałego oświetlenia, montowanymi dla doraźnych potrzeb i nie mogą być jako takie elementami trwałego oświetlenia stadionu. Izba nie uznała także dowodu przedstawionego przez Odwołującego w postaci wydruku z Internetu (stan na grudzień 2005 r.), dotyczącego artykułu o europejskich normach na słupy oświetleniowe. Problemem w niniejszej sprawie było rozumienie pojęcia masztu oświetleniowego, którym posłużył się Zamawiający, wykluczając jedno z możliwych rozwiązań konstrukcyjnych oświetlenia stadionu. Ponadto treść powyższego artykułu wskazuje, iż pierwszy arkusz normy zawierający terminy i definicje pozostaje w wersji uznaniowej i nie został przetłumaczony na język polski. Izba nie uznała także, aby stanowisko Odwołującego w jakikolwiek sposób potwierdzało złożone przez Odwołującego tłumaczenie przysięgłe z języka angielskiego zawartej w normie EN-40-1 definicji słupa oświetleniowego. Definicja ta nie odnosi się do masztu oświetleniowego. Ponadto tłumaczenie tej normy wskazywać może na fakt, iż powyższa norma nie jest obowiązująca w Polsce.

W świetle powyższego Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych.

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 oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: