

WYROK

z dnia 25 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu
ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław**

protestu z dnia 13 października 2008 r.

przy udziale **wspólnie ubiegających się o zamówienie Berger Bau Polska Sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław oraz Berger Bau GmbH Aussere Spitalhofstrasse 19, 94036 Passau** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa.

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

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wzmocnienie drogi krajowej nr 94 na odcinku Mazurowice – Wrocław – etap III, Mazurowice – Wilczków od km 52+759 do km 57+700 (Nr GDDKiA O/WR-35/PN/R/R-2/2008*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 12 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 134-179202. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 38.295.169,25 zł, tj. 9.877.271,48 euro.

6 października 2008 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Skanska S.A.

13 października 2008 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH, którzy zajęli drugie miejsce w rankingu ofert, złożyli protest na czynność wyboru oferty Skanska S.A. jako najkorzystniejszej, a przez to naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty

Skanska S.A. mimo podstaw do jej odrzucenia m.in. złożenia przez nią oświadczenia w ofercie o powierzeniu określonych robót podwykonawcom wbrew postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w związku z tym – wniosły o uchylenie zaskarżonej czynności i odrzucenie oferty Skanska S.A. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. (Pozostałe zarzuty i żądania, jako nie objęte odwołaniem, zostały pominięte.)

Interes prawny Berger Bau Polska Sp. z o.o. – Berger Bau GmbH w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku pozbawienia ich możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, ponieważ ich oferta, w przypadku odrzucenia oferty Skanska S.A., będzie ofertą najkorzystniejszą.

Skanska S.A. w formularzu 3.5. złożonym z ofertą oświadczyła, iż podwykonawcom zostanie powierzony „remont i przebudowa przepustów, szacunkowy udział w cenie oferty brutto – 2,04%”.

Zamawiający w pkt. 5.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że dopuszcza realizację zamówienia przy udziale podwykonawców w zakresie określonym w pkt. 7.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym wymienił następujące rodzaje robót:

1. branża elektroenergetyczna, w tym SRK, sieć trakcyjna kolejowa,
2. branża teletechniczna,
3. branża wodno – kanalizacyjna,
4. zieleni,
5. oznakowanie drogi i urządzenia bezpieczeństwa ruchu.

Z tych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika zatem, zgodnie z przepisem art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż roboty nie ujęte w pkt. 7.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, muszą być wykonane własnymi siłami wykonawcy i nie wolno ich powierzyć podwykonawcom.

Wskazane przez Skanska w pkt. 3. Formularza 3.5. „remont i przebudowa przepustów” nie mieszczą się w katalogu robót wymienionych w pkt. 7.2.5. Przepusty są bowiem budowlami inżynieryjnymi w ramach robót mostowych, co wyklucza ich zakwalifikowanie do robót wodno – kanalizacyjnych. Nadto

zostały one ujęte odrębnie przez Zamawiającego w przedmiarze na roboty drogowe w Dziale 4. poz. 277 – 530.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego* (Dz.U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) przedmiar robót zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Zatem kwalifikacja przepustów w przedmiarze robót jako robót drogowych przesądza jednoznacznie, iż przepusty muszą zostać wykonane przez wykonawcę bez udziału podwykonawców, gdyż Zamawiający przepustów nie objął rodzajem robót z pkt. 7.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mogą być powierzone podwykonawcom.

24 października 2008 r. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie powyższego zarzutu (brak szczegółowego uzasadnienia), natomiast oddalił pozostałe zarzuty.

28 października 2008 r. Skanska S.A. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 31 października 2008 r.) w zakresie uwzględniającym protest.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z 17 października 2008 r. oraz wniósł o oddalenie protestu w całości i utrzymanie decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru oferty Skanska S.A. W przystąpieniu oraz odwołaniu Odwołujący podniósł następujące argumenty na poparcie swojego stanowiska.

Zamawiający dopuszczając udział podwykonawców w pkt. 7.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymienia enumeratywnie konkretnych

zadań, które mogą być oddane do ich realizacji, lecz określa w sposób ogólny branże, w ramach których wykonawca może korzystać z ich usług: branża elektroenergetyczna z tym SRK, sieć trakcyjna kolejowa, branża teletechniczna, branża wodno – kanalizacyjna, zielen, oznakowanie drogi i urządzenia bezpieczeństwa ruchu. Wszystkie te branże we „Wzorze kosztorysu ofertowego”, zgodnie z pismem Zamawiającego z 26 sierpnia 2008 r. ujęte zostały w Dziale B „Roboty drogowe”. W ramach „Robót przygotowawczych” (45100000-8) obejmuje on między innymi wykonanie odwodnienia korpusu drogowego (45231300-8), w tym robót związanych z kanalizacją deszczową (D-03.02.01) oraz przebudowę wodociągów i przepustów pod koroną drogi (D-03.01.01). Prace te są pracami stricte wodno – kanalizacyjnymi i nie można ich zakwalifikować do robót mostowych, bowiem w tym konkretnym przypadku przepust jest typowym kanałem odwodnieniowym, co potwierdza szczegółowo specyfikacja techniczna (np. jednym z elementów przebudowy przepustu jest „montaż kanałów z rur betonowych kielichowych WIPRO łączonych na uszczelkę gumową, o średnicy 1.000 mm w wykopach skarpowych na gł. do 6,0 m, normalnej wilgotności” (poz. 338 WKO, D-03.01.01). Jak wynika z treści tej pozycji przedmiarowej, roboty te nie mają charakteru ani robót drogowych ani mostowych.

W odwołaniu Odwołujący dodaje, iż pojęcie „przepustu” nie może być interpretowane w oderwaniu od zakresu przedmiotowego przetargu i jego charakteru w tym zamówieniu. Zamawiający w spisie treści „Specyfikacji technicznej dla inwestycji” wskazuje, iż sporny remont przepustów zawiera się w tytule „Odwodnienie korpusu drogowego”, co znajduje potwierdzenie w Polskiej Normie (PN-S-02204, pkt 1.2. „Urządzenia odwodnienia dróg”, str. 1), która stanowi, iż „odwodnienie powierzchniowe dróg zapewniają następujące urządzenia: rowy, ścieki, przepusty, zbiorniki retencyjne, zbiorniki odparowujące.” Przepusty mogą więc spełniać różne funkcje, natomiast w tym przypadku są budowlami przeznaczonymi do przeprowadzenia cieków wodnych, które powinny zapewniać swobodę przepływu wody. Nie są one zamieszczone w części specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej mostów, a zatem nie są niczym innym jak

typowymi kanałami do odwadniania korpusu drogowego (co potwierdza szczegółowa specyfikacja techniczna) – zatem powinny być zakwalifikowane jako elementy robót mieszczących się w branży wodno – kanalizacyjnej, która mogła zostać powierzona podwykonawcy.

Zamawiający w aktualnie realizowanym zamówieniu, o praktycznie identycznym zakresie rzeczowym, dotyczącym innego odcinka tej samej drogi (etap Wilczków – Środa Śląska) wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres branży wodno – kanalizacyjnej, którą oferent uprawniony był powierzyć do realizacji podwykonawcom, który odnosił się m.in. do budowy przepustów drogowych nr 1 – 8. Zatem interpretacja Zamawiającego w zakresie zakwalifikowania przepustów do branży wodno – kanalizacyjnej była jasna i precyzyjna. Także w postępowaniu dotyczącym odnowy nawierzchni drogi krajowej nr 35 odcinek Szczepanów – Tworzyjanów została przyjęta podobna interpretacja.

W ocenie Odwołującego niezrozumiałe jest zachowanie Zamawiającego, który w skrajnie odmienny sposób interpretuje takie same elementy robót w różnych postępowaniach, zwłaszcza w sytuacji, gdy roboty te są identyczne w obydwu ww. przetargach, a dotyczą jedynie innego odcinka tej samej drogi. Zamawiający, który nie jest konsekwentny w interpretacji stałego elementu robót, wprowadza tym samym w błąd oferentów i działa wbrew art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Odwołujący bowiem bez problemu mógłby wykonać sporne roboty własnymi siłami. Zamawiający wskazał jednak w sposób nie budzący wątpliwości, że odwodnienie korpusu drogowego można będzie powierzyć podwykonawcom, jako że tradycyjnie na większości inwestycji GDDKiA roboty te wykonują firmy podwykonawcze z branży wodno – kanalizacyjnej.

Berger Bau Polska Sp. z o.o. – Berger Bau GmbH złożyły Zamawiającemu pismo nazwane „odpowiedź na przystąpienie”. Ich zdaniem twierdzenie Skanska S.A., iż wszystkie branże, w ramach których wykonawca może skorzystać z usług podwykonawców we „Wzorze kosztorysu ofertowego” ujęte zostały w Dziale B „Roboty drogowe” nie jest prawdziwe. Z formularza 2.2.

„Tabela wartości elementów scalonych” wynika, iż branże, które można powierzyć podwykonawcom, są zawarte nie tylko w kosztorysie B „Roboty drogowe”, ale również w kosztorysach: D „Linia kablowa na trasie LPN 2kV”, E „Sieć trakcyjna”, F „Linia SRK”, G „Linia kabla telekomunikacyjnego TKDFtA 122x2”. Wszystkie zakresy robót możliwych do podzlecenia podwykonawcom wg pkt. 7.2.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią albo oddzielne kosztorysy ofertowe (D, E, F, G) albo poszczególne działy kosztorysu B „Roboty drogowe”.

Ponadto numer SST pozycji 338 kosztorysu B to D-03.01.01. „Przepusty pod koroną drogi”, roboty kanalizacyjne odwołują się natomiast do SST 03.02.01. Większość przepustów prefabrykowanych jest wykonana z rur betonowych, polietylenowych, polipropylenowych, PVC lub stalowych, co nie czyni z nich elementów sieci. Przepusty są bowiem samodzielnymi budowlami inżynieryjnymi, co potwierdza zapis w SST 03.01.01. pkt 1.1: „Przedmiotem niniejszej SST są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z wykonywaniem przepustów pod koroną drogi oraz ścianek czołowych jako samodzielnych elementów przy rozbudowie drogi krajowej...” Także z definicji przepustu z SST 03.01.01. pkt 1.4.1 wynika, że przepust to budowla służąca nie tylko przepływowi małych cieków wodnych, ale również dla ruchu pieszego i kołowego oraz definicji z pkt. 1.4.9. „przepust rurowy – przepust, którego konstrukcja nośna wykonana jest z rur betonowych lub żelbetowych”. W zadaniu występują również przepusty żelbetowe monolityczne wykonane na mokro (przepust nr 3 poz. 317 – 319, przepust nr 10 poz. 502 – 505, przepust nr 11 poz. 519 – 522). Powyższe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesadzają jednoznacznie, iż przepusty nie mieszczą się w robotach wodno – kanalizacyjnych. Zamawiający w SST wskazał, iż przepust jest samodzielnym elementem (D-03.01.01, D-06.02.01), a roboty wodno – kanalizacyjne ujęte są w SST D-01.03.05 (przebudowa podziemnych linii wodociagowych) oraz SST D-03.02.01. (kanalizacja deszczowa). Powyższa kwalifikacja SST jest następstwem różnic technicznych pomiędzy tymi elementami: przepusty, w odróżnieniu od kanalizacji, nie są elementem liniowym służącym wyłącznie do przepływu cieków. Wynika także z treści uprawnień budowlanych – do ich

wykonywania mają prawo wyłącznie inżynierowie posiadający uprawnienia w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, konstrukcyjno – inżynieryjnej w zakresie mostów lub specjalności drogowej, a nie mogą ich wykonywać osoby, które mają uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych – widać to w złożonych przez Skanska S.A. uprawnieniach budowlanych pana Jacka P. w specjalności konstrukcyjno – inżynieryjnej w zakresie mostów, upoważniające np. do robót w zakresie przepustów (str. 329 oferty).

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert, protestu i odwołania, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do odwołania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w swojej ofercie (str. 389, formularz 3.5. *Podwykonawcy*) oświadczył, iż podwykonawcom zamierza powierzyć m.in. odwodnienie, sieć wodociągową oraz remont i przebudowę przepustów. Jako że w tym formularzu nie zawarto wyjaśnienia, co Odwołujący rozumie pod pojęciem „remontu i przebudowy przepustów”, skład orzekający Izby odniósł się do pozostałej części oferty, jako całości złożonego oświadczenia, i stwierdził, iż w załączniku „Harmonogram robót” (str. 57 oferty), w punkcie 5. widnieje pozycja „Remont i przebudowa przepustów – poz. 277 – 530 kosztorysu ofertowego”. W kosztorysie ofertowym (str. 24 – 37 oferty) ww. pozycje (277 – 530) znajdują się dziale 4. również noszącym tytuł „Remont i przebudowa przepustów”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący zadeklarował wykonanie przy pomocy podwykonawców wyłącznie robót (odnoszących się do przepustów) wymienionych w poz. 277 – 570 kosztorysu ofertowego. Tym samym dla oceny oświadczenia Odwołującego dotyczącego podwykonawców nie mogą mieć znaczenia zarzuty dotyczące przepustów zawartych w innych działach.

Skład orzekający Izby stwierdził również, iż dział 4. „Remont i przebudowa przepustów” odpowiada działowi o tej samej nazwie i tytule zawartym w sporządzonym przez Zamawiającego „Wzorze kosztorysu ofertowego” zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (numeracja pozycji, przywołane numery SST).

Zgodnie z punktem 5.7. i 7.2.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców dla następującego zakresu robót: branża elektroenergetyczna z tym SRK, sieć trakcyjna kolejowa; branża teletechniczna; branża wodno – kanalizacyjna; zieleni; oznakowanie drogi i urządzenia bezpieczeństwa ruchu. W tej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie zawarł odnośnika, które pozycje ze „Wzoru kosztorysu ofertowego”, dokumentacji projektowej itd. zalicza do branży wodno – kanalizacyjnej.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie Zamawiającego zawarte w punkcie 7.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zestawieniu z pozostałymi dokumentami stanowiącymi jej treść mogło być interpretowane w ten sposób, iż przepusty można było zaliczyć do branży wodno – kanalizacyjnej.

Zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, do którego ustawa Prawo zamówień publicznych odwołuje się w art. 14, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przyjmuje się, iż pojęć posiadających swoje ustawowe definicje i odniesienia, używa się w znaczeniu nadanym przez ustawodawcę, chyba że zamawiający nada im znaczenie odmienne (ujawnione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszeniu o zamówieniu itp. dokumentach).

„Branża wodno – kanalizacyjna” jest pojęciem potocznym, utożsamianym z częścią specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

(art. 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane). Podobnie było rozumiane również na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów.

W przedmiotowym postępowaniu nie budzi wątpliwości, iż ustawodawca nie zalicza przepustów do specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, a tym samym branży wodno – kanalizacyjnej. Świadczą o tym m.in.:

1. podział zawarty w załączniku do ustawy Prawo budowlane (przepusty znajdują się w kat. XXVIII – drogowe i kolejowe obiekty mostowe),
2. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB), w którym przepusty zaliczono do obiektów inżynierii lądowej i wodnej, infrastruktura transportu, autostrady, drogi ekspresowe, ulice i drogi pozostałe (sekcja 2, dział 21, grupa 211),
3. § 18 i 19 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które zaliczają przepusty do specjalności drogowej i mostowej (podobnie w § 4a poprzedzającego je rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie),
4. § 1 ust. 2 i § 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.

Zasadniczo jednak Odwołujący nie wskazywał na ogólnie przyjęte w przepisach prawa i w „branży” budowlanej znaczenie pojęcia „przepust”, lecz na rozumienie nadane mu przez Zamawiającego zwyczajowo oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Na potwierdzenie, iż Zamawiający pojęcie „przepust” zwyczajowo rozumie w sposób szczególny Odwołujący powołał dwa postępowania: dotyczące odnowy nawierzchni drogi krajowej nr 35 na odcinku Szczepanów – Tworzyjanów oraz drogi krajowej nr 94 na odcinku Wilczków – Środa Śląska.

Jednak, zdaniem składu orzekającego Izby, w przedmiotowym przypadku nie można powołać się na zwyczaj w tym zakresie, ponieważ:

1. nawet jeśli Zamawiający przyjął w tych postępowaniach odmienną od powszechnie stosowanej, definicję robót wodno – kanalizacyjnych, dwa postępowania nie stanowią jeszcze zwyczaju, poza tym w innych przetargach ta definicja nie mogłaby być odmienna, gdyż zwyczaj to *powszechnie przyjęty, tradycyjny sposób postępowania w pewnych okolicznościach* lub *właściwy komuś sposób postępowania* (zgodnie z internetowym *Słownikiem języka polskiego PWN* – www.sjp.pwn.pl),
2. należało by ustalić, czy zamawiającym zaliczającym przepusty do branży wodno – kanalizacyjnej – aby uznać to za zwyczaj – powinna być cała Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (wszystkie oddziały), czy też wystarczający jest oddział GDDKiA we Wrocławiu, a jeśli tak, to sama jednostka organizacyjna „oddział Wrocław”, czy też z podległymi rejonami (postępowanie na odcinek Wilczków – Środa Śląska prowadził Rejon Wałbrzych oddziału wrocławskiego),
3. zasadą jest, iż wymagania zamawiającego powinny być określone w dokumentacji danego, prowadzonego postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia itp.), gdyż jest to wyrazem realizacji zasady przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji, natomiast powoływanie się na specyfikacje istotnych warunków zamówienia wcześniej toczonych postępowań o udzielenie zamówienia, zamiast na specyfikację danego postępowania różnicuje sytuację wykonawców, którzy brali udział w tych postępowaniach w stosunku i wykonawców „nowych”.

W zakresie twierdzenia, czy specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu przesądzała, iż przepusty należy zaliczyć do branży wodno – kanalizacyjnej, skład orzekający Izby uznał, iż również w tym przypadku odpowiedź jest przecząca. (Przy czym, z podanego powyżej powodu, skład orzekający Izby brał pod uwagę głównie zakres prac określony w punktach 277 – 530 kosztorysu ofertowego).

Wszystkie branże wymienione w punkcie 7.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia: branża elektroenergetyczna z tym SRK, sieć trakcyjna kolejowa; branża teletechniczna; branża wodno – kanalizacyjna; zielen; oznakowanie drogi i urządzenia bezpieczeństwa ruchu we „Wzorze kosztorysu ofertowego” ujęte zostały w kosztorysie B. „Roboty drogowe”, który dzieli się na następujące działy:

1. roboty branży drogowej, w tym:

1.1. roboty przygotowawcze, 1.2. roboty rozbiórkowe (poz. 24 – 26 to *rozbiórka istniejących przepustów pod zjazdami o średnicy 50 cm*), 1.3. roboty ziemne, 1.4. i 1.5. podbudowy..., 1.6. i 1.7. nawierzchnie..., 1.8. roboty wykończeniowe (poz. 57 – 67 *przepust pod zjazdami o średnicy 600 lub 800 mm*), 1.9. oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu, 1.10. elementy ulic, 1.11. zielen drogowa, 1.12. inne roboty (zatoka autobusowa, wjazd na pola, droga dojazdowa, umocnienie skarp),

2. część drogowa – odwodnienie, w tym:

2.1. roboty przygotowawcze, 2.2. odwodnienie korpusu drogowego (m.in. konstrukcja wylotu nr 2 kanalizacji, kanalizacja deszczowa, kanał o średnicy 300, 400, 500 i 600 mm rury Wipro, osadzenie, wykonanie studni rewizyjnej o średnicy 1200, 1400 mm..., wbudowanie wpustów ulicznych, remont istniejących studni, osadzenie separatorów, odbudowa nawierzchni drogowej – wyrównanie po zbudowaniu kanalizacji, regulacja i profilowanie istniejących rowów,

3. przebudowa wodociągu, w tym: 3.1. roboty przygotowawcze, 3.2. roboty ziemne, 3.3. przebudowa wodociągu DN 160, 3.4. roboty dodatkowe,

4. remont i przebudowa przepustów, w tym podział na działy 4.1 – 4.11. odnoszące się do 11 przepustów (poz. 277 – 530) – w przywołanych pozycjach Zamawiający odnosi się do Szczegółowych specyfikacji technicznych (SST) D-01.02.04. oraz D-03.01.01.,

5. przebudowa i zabezpieczenie istniejących sieci elektroenergetycznych,

6. przebudowa i zabezpieczenie istniejących sieci telekomunikacyjnych,

Poza tym Zamawiający sporządził: kosztorys C. roboty mostowe (brak odniesienia do przepustów), kosztorys D. linia kablowa na trasie LPN 20kV,

kosztorys E. sieć trakcyjna, kosztorys F. linia SRK, kosztorys G. linia kabla telekomunikacyjnego TKDFtA 122X2. Wynika z tego, iż Zamawiający nie wydzielił branży wodno – kanalizacyjnej, tj. nie sporządził dla niej odrębnego kosztorysu, jak uczynił to dla innych branż wymienionych w punkcie 7.2.5.

Częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia były m.in. następujące specyfikacje techniczne:

1. dla robót przygotowawczych: D-01.02.04. rozbiórka elementów dróg i przepustów, D-01.03.05. przebudowa poziomych linii wodociągowych przy przebudowie i budowie dróg,
2. dla odwodnienia korpusu drogowego: D-03.01.01. przepusty pod koroną drogi, D-03.02.01. kanalizacja deszczowa,
3. dla robót wykończeniowych: D-06.02.01. przepusty pod zjazdami, D-06.04.01. rowy.

W SST D-01.02.04., w punkcie 1.3. – *Zakres robót objętych SST* wymieniono roboty związane z rozbiórką: 1. warstw nawierzchni, 2. krawężników, obrzeży i oporników, 3. chodników, 4. barier, 5. znaków drogowych oraz 6. przepustów: betonowe, żelbetowe i kamienne (tak więc żaden z pozostałych pięciu punktów nie odnosi się do robót wodno – kanalizacyjnych).

Z kolei w SST D-03.01.01. w punkcie 1.3. – *Zakres robót objętych SST* stwierdzono, iż „ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji dotyczą zasad prowadzenia robót związanych z wykonaniem przepustów pod koroną drogi oraz ścianek czołowych jako samodzielnych elementów”. W punkcie 1.4. *Określenia podstawowe* zawarto definicje poszczególnych przepustów. Definicja przepustu zawarta w podpunkcie 1.4.1. SST D-03.01.01. odpowiada definicji z § 3 pkt 3 ww. rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.

Pozostałe z ww. SST nie są przywołane w spornych pozycjach 277 – 530 kosztorysu ofertowego.

W dokumentacji projektowej przepusty zostały ujęte w projekcie wykonawczym dla branży konstrukcyjno – inżynierskiej. Zgodnie ze spisem

treści części opisowej (str. 1) znajdują się tam w punkcie 1.3.4. składającym się z podpunktów: 1.3.4.1. Podział na zlewnie, 1.3.4.2. Odwodnienie: rowy, drenaże, kanalizacje, 1.3.4.3. Przepusty. W spisie treści tej części znajduje się również punkt 1.3.5. Przebudowa urządzeń obcych: 1.3.5.1. Przebudowa sieci wodociągowej, 1.3.5.2. Przebudowa sieci telekomunikacyjnej, 1.3.5.3. Przebudowa sieci elektrycznej i oświetleniowej, 1.3.5.4. Przebudowa kanalizacji deszczowej i sanitarnej 1.3.5.5. Przebudowa sieci gazowej, 1.3.5.6. Przebudowa sieci ciepłej oraz 1.3.6 Organizacja ruchu.

Jednak, zgodnie z dalszą treścią dokumentacji, w punktach 1.3.5. i 1.3.6. znajdują się odesłania do odrębnych dokumentacji / projektów „branżowych” (oprócz sieci gazowej i ciepłej, które nie występują w projekcie). Natomiast w punktach 1.3.4.1. i 1.3.4.2. zawarto tylko ogólne informacje na temat zlewni i odwodnienia, a bardziej szczegółowy opis znajduje się w dokumentacji projektowej branży instalacyjno – inżynierskiej.

W punkcie 1.3.4.3. Przepusty projektant m.in. stwierdził, iż przepusty składają się na system odwodnienia, a jako postawę przeprowadzenia obliczeń konstrukcyjnych podał normy odnoszące się do obiektów/ konstrukcji mostowych oraz konstrukcji betonowych, żelbetowych i sprężonych.

Co prawda w dokumentacji projektowej branży instalacyjno – inżynierskiej, obiekt: Odwodnienie w pkt. 4.2. *Odwodnienie* zawarto podpunkty: 4.2.1. Podział na zlewnie, 4.2.2. Odwodnienie: rowy, drenaże, kanalizacja, 4.2.3. Przepusty, 4.2.4. Separatory, 4.2.5. Odwodnienie powierzchniowe i umocnienia rowów, 4.2.6. Studnie rewizyjne, wpusty deszczowe, przykanaliki, 4.2.7. Prowadzenie wykopów, 4.2.8. Odwodnienie wykopów podczas robót kanalizacyjnych, 4.2.9. Podsypki, zasypki rurociągów, 4.2.10. Roboty odbiorowe i przygotowanie sieci do eksploatacji.

Z uwagi na zawarcie w tej części dokumentacji ppkt. 4.2.3. *Przepusty* można by domniemywać, iż przepusty można zaliczyć do branży wodno – kanalizacyjnej, jednak w punkcie tym znajduje się tylko ogólna informacja o przepustach, natomiast szczegółowy opis robót w tym zakresie znalazł się w punkcie 1.3.4.3 projektu wykonawczego dla branży konstrukcyjno – inżynierskiej – podobnie jak projektant uczynił wzmiankę o danych

pracach z branży instalacyjno – inżynierskiej w projekcie branży konstrukcyjno – inżynierskiej (co opisano powyżej). Tak więc treść obu powyższych projektów nakłada się na siebie i uzupełnia.

Z pozostałych złożonych ofert nie można wywnioskować, jak postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zrozumieli inni wykonawcy przewidujący podwykonawstwo w tym zakresie, ponieważ w formularzu 3.5. powołują się oni ogólnie na „branżę wodno – kanalizacyjną”.

Z przytoczonych dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia wynika więc, iż Zamawiający zaliczył przepusty do robót drogowych (ale nie w branży drogowej, tj. w dziale 1. „Wzoru kosztorysu”). Ponieważ Zamawiający sporządził „Wzór kosztorysu” oraz zestawienie specyfikacji technicznych (a nawet w pewnym stopniu dokumentację projektową) w sposób bardziej odnoszący się do kolejności robót niż poszczególnych branż, a do tego nie wydzielił jednoznacznie zakresu prac dla branży wodno – kanalizacyjnej, jak to uczynił dla pozostałych, można w pewnym stopniu powziąć wątpliwości, czy można do niej zaliczyć przepusty. Jednak, zdaniem składu orzekającego Izby, w związku z tym, co zostało stwierdzone we wcześniejszej części uzasadnienia, dokonanie takiej interpretacji bez konsultacji z Zamawiającym (wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) było nieuprawnione.

Skład orzekający Izby podziela zdanie Zamawiającego i Przystępującego, iż formularz 3.5. stanowi treść oferty, a nie dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie podlega on uzupełnieniu na podstawie tego przepisu.

Skład orzekający Izby nie stwierdził również naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wszyscy wykonawcy dysponowali tą samą specyfikacją istotnych warunków zamówienia i tą samą wiedzą, zatem nie ma podstaw stwierdzić, iż uczestniczyli w postępowaniu na innych warunkach niż Odwołujący.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

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

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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:

.....

.....