

WYROK

dnia 11 grudnia 2007 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Urszula Krynicka

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 11 grudnia 2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Miasto Rybnik protestu z dnia 31.10.2007 roku

przy udziale Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego ERBUD Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 . Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3.156 zł. (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych) z kwoty wpisu uiszczonego przez Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach
- 2) nakazać wpłatę kwoty 3.600 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach na rzecz Miasta Rybnik, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego w sprawie
- 3) dokonać zwrotu kwoty 36.844.zł (słownie: trzydzieści sześć tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote.) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach

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

W postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miasto Rybnik na „Budowę budynku użyteczności publicznej Ośrodka Zamiejscowego Sądu Okręgowego w Gliwicach i Wydziałów: Nowej Księgi Wieczystej i Gospodarczego Sądu Rejonowego w Rybniku przy ul. Piłsudskiego 33 w Rybniku” wykonawca Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach w dniu 31.10.2007r. wniósł protest na:

- rozstrzygnięcie przetargu poprzez wybór oferty PRB „ERBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku jako najkorzystniejszej
- zaniechanie czynności wykluczenia przez zamawiającego z postępowania przetargowego PRB „ERBUD” Sp. z o.o. w związku z niespełnieniem przez wykonawcę warunków z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z pkt. 4 ustawy

Jednocześnie wniósł, m.in. o: unieważnienie wyboru oferty PRB „ERBUD” Sp. z o.o.; wykluczenie go z dalszego udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty. Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: uzp).

Zamawiający w dacie 02.11.2007r. przekazał kopię protestu wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

W dniu 05.11.2007r. Wykonawca PRB „ERBUD” Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o oddalenie protestu jako bezzasadnego.

W dniu 09.11.2007r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podniósł, że zarzuty zawarte w proteście dot. zaniechania wykluczenia wykonawcy PRB „ERBUD” Sp. z o.o. są niezasadne. W ocenie Zamawiającego oferta PRB „ERBUD” Sp. z o.o. jest zgodna z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim wymaga wskazania osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (pkt. IV ppkt. 2a SIWZ). Według Zamawiającego osoba spełniająca kryteria jest wskazany przez Wykonawcę PRB „ERBUD” Sp. z o.o. mgr. inż. Wojciech Koszorz, posiadający uprawnienia wydane na podstawie ustawy – Prawo budowlane obowiązującej od 1974r. do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. W ramach powyższych uprawnień upoważniony jest do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania procesu wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. W ocenie Zamawiającego wyłączenie z tych uprawnień linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz nawierzchni lotniskowych, mostów, budowli hydrotechnicznych nie stanowi przeszkody w świetle zapisów SIWZ do uznania przedłożonych uprawnień za wyczerpujące.

Odnoszą się do zarzutu pominięcia w kosztorysie ofertowym przez PRB „ERBUD” Sp. z o.o. pozycji 982-1000, 1357, 1358, 1380 Zamawiający uznał, że pozycje te zostały ujęte przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, tyle że w innych pozycjach.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 14 listopada 2007 r. Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A złożyło odwołanie i tego samego dnia przekazało kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 uzp.

Skarżący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i nie odrzucenie oferty PRB „ERBUD” Sp. z o.o., jako nieodpowiadającej Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt. IV ppkt 2 lit. a). W ocenie skarżącego brak uprawnień po stronie wskazanego przez PRB „ERBUD” Sp. z o.o. kierownika budowy mgr. inż. Wojciecha Koszorza w zakresie dróg stanowi przeszkodę do wypełnienia SIWZ w pkt. II lit. F) i J), które obejmują także roboty drogowe oraz wykonanie projektu organizacji robót. Dodatkowo w projekcie zagospodarowania terenu sporządzonym dla Zamawiającego przez BUD SERWIS w Gliwicach znajdują się drogi, chodniki i parkingi. Nadto, w ocenie skarżącego oferta PRB „ERBUD” Sp. z o.o. nie odpowiada również zapisom SIWZ w zakresie pkt. IX Sposób obliczenia ceny ofertowej, gdzie każda pozycja powinna zawierać ilość robót, cenę jednostkową, wartość danej pozycji. Pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji 982-1000, 1357, 1358, 1380, zdaniem skarżącego, stanowi o brakach oferty. Wobec powyższego wniósł o uwzględnienie odwołania i zobowiązanie Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy PRB „ERBUD” Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty oraz do zobowiązania Zamawiającego do ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do odwołania po stronie Zamawiającego w dniu 06 grudnia 2007r przystąpił Wykonawca – Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ERBUD Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. W uzasadnieniu przystąpienia odnoszą się do zarzutu niespełnienia przez Wykonawcę warunków z art. 22 ust. 1 pkt. 2 uzp podniósł, że wskazany do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej mgr.inż. Wojciech Koszorz spełnia wymagania zawarte w SIWZ, które w pkt. V.11 stanowią wprost, że przesłanką oceny uprawnień budowlanych jest to, aby były wystarczające na danym stanowisku do wykonywania wszystkich prac przewidzianych w zamówieniu dla danej specjalności. Takie uprawnienia w zakresie specjalności konstrukcyjno-budowlanej wskazana osoba, zdaniem przystępującego, posiada bez ograniczeń. Tymczasem, budowa dróg i nawierzchni lotnisk, jest odrębną specjalnością budowlaną, o której stanowi rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Tym samym, w ocenie przystępującego, dokonując wyboru oferty Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 uzp. Natomiast, odnosząc się do zarzutu pominięcia w kosztorysie ofertowym kilku pozycji, przystępujący do postępowania podniósł, że wszystkie pozycje przedmiaru, w tym wskazane przez odwołującego, zostały uwzględnione, tyle że w innych pozycjach.

Na rozprawie przed Krajową Izbę Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie podlega oddaleniu w całości.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 uzp. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i nie odrzucenia jego oferty, jako nie odpowiadającej treści SIWZ, nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zważyć należy, iż stosownie do zapisów Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca powinien dysponować co najmniej po 1 osobie posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (pkt. IV ppkt.2a), a następnie instalacyjnej i telekomunikacyjnej. Jak zostało ustalone i nie było kwestionowane przez strony postępowania przed KIO, wskazana przez Wykonawcę PRB ERBUD Sp. z o.o. osoba mgr.inż. Wojciecha Koszorza ten warunek spełniła, ponieważ posiada uprawnienia do kierowania robotami

budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Uprawnienia te zostały nadane i potwierdzone zaświadczeniem Wojewody z dnia 22.11.1993r., na podstawie obowiązującego w tej dacie stanu prawnego, tj. ustawy z dnia 24.10.1974r. – Prawo budowlane i wydanego do niej aktu wykonawczego – rozp. Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Na podstawie przywołanego zaświadczenia stwierdzić należy, iż mgr.inż. Wojciech Koszorz posiada upoważnienie do wykonywania samodzielnych funkcji zarówno kierownika budowy jak i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Podkreślić należy, iż zgodnie z aktualnie obowiązującą ustawą z dnia 07.07.1994r. – Prawo budowlane, osoby które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują te uprawnienia w dotychczasowym zakresie (art. 104 ustawy). Oznacza to, że wskazany przez PRB ERBUD Sp . z o.o Wojciech Koszorz posiada uprawnienia kierownika budowy i kierownika poszczególnych robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W stanie prawnym obowiązującym na datę nadawania mu tychże uprawnień nie funkcjonowało pojęcie „uprawnień bez ograniczeń”, tak jak w obecnym stanie prawnym. Jednakże zakres i odrębność specjalności jest tożsamy.

Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie **samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie** (Dz. U. z dnia 16 maja 2006 r.) rozróżnia poszczególne specjalności w budownictwie i tak:

- stosownie do §18 pkt. 1, uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

- 1) droga, w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów;
- 2) droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust, zaś

- stosownie do § 17 pkt. 1, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie:

- 1) sporządzania projektu architektoniczno-budowlanego w odniesieniu do konstrukcji obiektu lub
- 2) kierowania robotami budowlanymi w zakresie, o którym mowa w pkt 1 oraz w § 16 ust. 1 pkt 2.

Ewidentnie zatem, te dwie specjalności są odrębne i w żadnym zakresie się nie pokrywają.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, sprowadzająca się do tego, że Wykonawca PRB ERBUD Sp . z o.o. nie wskazał osoby posiadającej uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń jest bez znaczenia dla niniejszej sprawy, ponieważ Zamawiający takich uprawnień nie wymagał w treści opublikowanej Specyfikacji.

Na marginesie podkreślić należy, iż głównym przedmiotem zamówienia jest budowa budynku użyteczności publicznej, zaś towarzyszące tej budowie ewentualnie prace związane z zagospodarowaniem terenu wraz z ogrodzeniem – w tym roboty drogowe (pkt. II ppkt.f) są pracami akcesoryjnymi.

Zauważyć należy, że Zamawiający wszczynając procedurę udzielenia zamówienia publicznego opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia wskazując w niej wszystkie elementy, jakie powinni spełnić Wykonawcy aby uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu. Do momentu rozstrzygnięcia postępowania – wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy nie składali zastrzeżeń do zapisów SIWZ, w tym warunków jakie powinien spełnić wykonawca biorący udział w postępowaniu co oznacza, że przyjęli jej zapisy w treści

takiej jak opracował Zamawiający. Tym samym przyjmując nawet, że Odwołujący kwestionuje prawidłowość sformułowanego przez Zamawiającego warunku w pkt. IV SIWZ przez ograniczenie go do specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zarzut ten jest spóźniony jako nie sformułowany w proteście stosownie do dyspozycji art. 180 ust. 1 uzp., jako taki nie może stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba rozpoznaje odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zatem w granicach protestu i podniesionych w nim zarzutów. W przeciwnym razie, orzeczenie Izby stanowiłoby wyjście poza granice zaskarżenia.

Nietrafny jest również zarzut wystąpienia braków w ofercie PRB „ERBUD” Sp. z o.o. w zakresie pkt. IX Sposób obliczenia ceny ofertowej i pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji 982-1000, 1357, 1358, 1380. Jak zostało wykazane dokumentacją ofertową przywołane parametry zostały uwzględnione w ofercie Wykonawcy, tyle że w innych pozycjach.

W tym miejscu podkreślić należy, że Izba w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w dotychczasowej linii orzeczniczej Zespołu Arbitrów, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsca w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę (vide: wyr. ZA z dnia 24.01.2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-82/05). Skoro wszystkie propozycje przedmiaru zostały ujęte w ofercie Wykonawcy - PRB „ERBUD” Sp. z o.o., tyle że w innych pozycjach niż numerologicznie zasugerowanych przez Zamawiającego, to nie ma podstaw do uznania, że oferta nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Za nie udowodniony przez Odwołującego uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego normy z art. 7 ust. 1 uzp, tj. równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji w toku przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do dyspozycji art. 188 uzp, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest kontradiktoryjne, co oznacza, że strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący formułując zarzut naruszenia przez Zamawiającego normy z art. 7 uzp nie wskazał żadnych środków dowodowych mogących posłużyć do ustalenia: czy i w jakim zakresie została naruszona zasada równego traktowania stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok
- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*