

Sygn. akt: KIO/UZP 611 /08

**WYROK
z dnia 3 lipca 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Izabela Kuciak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: STRABAG Sp. z o.o. i DROGBUD-GOSTYŃ Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** protestu z dnia **6 czerwca 2008 r.**

przy udziale **SKANSKA S.A. ul. Generała Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań

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 **Konsorcjum: STRABAG Sp. z o.o. i DROGBUD-GOSTYŃ Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa ;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** na rzecz **Konsorcjum: STRABAG Sp. z o.o. i DROGBUD-GOSTYŃ Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Konsorcjum: STRABAG Sp. z o.o. i DROGBUD-GOSTYŃ Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 12 Leszno-Gostyń odc. od km 185+500 do km 186+650; od km 187+200 do km 188+100; od km 189+960 do km 190+870; od km 191+400 do km 192+100; od km 192+410 do KM 194+260 oraz od km 195+095 do km 196+800, o łącznej długości 7,125 km”, numer: GDDKiA/O PO/R-2/65/2008.

29 kwietnia 2008 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie w BZP 2008 – 88567.

29 maja 2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – SKANSKA S.A. ul. gen Zajączka 9, Warszawa.

6 czerwca 2008 r. Wykonawca wspólnie tworzący konsorcjum (1) Strabag Sp. z o.o., ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa i (2) DROGBUD-GOSTYŃ Sp. z o.o., Grabonóg 69B, 63-800 Gostyń złożył protest na:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania przetargowego Wykonawcy: SKANSKA S.A., który nie spełnia warunków udziału w przetargu;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A., której treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty SKANSKA S.A. w sposób sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) (pisanej dalej w skrócie „Pzp”) przez złamanie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy SKANSKA S.A.;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SKANSKA S.A.

Protestujący wnosi o:

- 1) wykluczenie z postępowania przetargowego Wykonawcy SKANSKA S.A., jako że ten Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) odrzucenie oferty Wykonawcy SKANSKA SA, jako że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKANSKA S.A.;
- 4) powtórzenie procedury badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (złożonej przez Protestującego).

6 czerwca 2008 r. Zamawiający wystosował wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp.

9 czerwca 2008 r. wybrany Wykonawca SKANSKA S.A. złożył przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

13 czerwca 2008 r. pismem z 12 czerwca 2008 r. Zamawiający odrzucił protest w całości.

1. Wskazana przez wybranego Wykonawcę wytwórnia w Poznaniu jest oddalona więcej niż o 75 km od miejsca wbudowania mieszanki, natomiast druga z wytwórni, ta w Lesznie nie istnieje. Jednak, zgodnie z wymogami pkt 7.2.3 specyfikacji i pkt 3.3 wzoru formularza, Wykonawca składając ofertę nie musi składać dokumentów potwierdzających lokalizację i posiadanie wytwórni mas bitumicznych, a jedynie wymagane jest złożenie oświadczenia, że dysponuje danym sprzętem oraz wskazanie lokalizacji. Zamawiający nie żądał wyjaśnienia treści oferty, zgodnie z art. 26 ust. 4 ani art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż Protestujący nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających brak dysponowania przez wybranego Wykonawcę wytwórnią mas bitumicznych w Lesznie. Brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy.
2. Protestujący stwierdza, że z podanej przez wybranego Wykonawcę wartości robót związanych z wykonaniem podbudowy, wynika, iż powierzy on podwykonawcom, również roboty związane z wykonaniem warstw z mas bitumicznych, co jest niezgodne z postanowieniem specyfikacji, niedopuszczalności wykonania przez podwykonawców wykonania warstw bitumicznych. Zarzut nie jest oparty na żadnych faktach lecz na domysłach. Wybrany Wykonawca oświadczył w formularzu ofertowym, iż zapoznał się z treścią specyfikacji i uznaje się za związanego zawartymi w niej postanowieniami. Oświadczenie to oznacza, że Wykonawca przyjął również ustanowioną przez zamawiającego regułę polegającą na niedopuszczalności udziału podwykonawców w wykonaniu warstw z mas bitumicznych.

18 czerwca 2008 r. Protestujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający dokonał naruszenia:

- 1) art. 7 Pzp przez złamanie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy SKANSKA S.A.;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SKANSKA S.A.

Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKANSKA S.A.;

- 2) powtórzenie procedury badania i oceny ofert, wykluczenie SKANSKA S.A., gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty SKANSKA S.A., gdyż treść jej oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wykonawców, którzy złożyli oferty zgodne ze specyfikacją.

Uzasadnienie odwołania

1. Zgodnie z pkt 7.2.3 specyfikacji Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi dysponować między innymi – wytwórnią mas bitumicznych o wydajności nie mniejszej niż 100 Mg/godz. W Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych: D.05.03.05. pkt 4.2.4., D.05.03.13 pkt 4.6, D.04.08.01 pkt 4, stanowiącej integralną część specyfikacji, Zamawiający postawił wymóg, aby wytwórnia mas bitumicznych była zlokalizowana nie dalej niż 75 km od miejsca remontu dróg. Z wykazanych przez wybranego Wykonawcę wytwórni mas bitumicznych w Poznaniu i w Lesznie – odległość wytwórni w Poznaniu jest większa, a wytwórnia w Lesznie będąca własnością wybranego Wykonawcy nie istnieje (dowód: pismo Urzędu Miasta Leszno z 18 czerwca 2008 r.).

Dlatego wybrany Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania. Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności.

2. W pkt 5.5 specyfikacji Zamawiający zastrzegł, że „nie dopuszcza wykonania przedmiotu zamówienia przy udziale Podwykonawców w zakresie następujących części zamówienia: warstwy bitumiczne konstrukcji nawierzchni”. W złożonej ofercie Wykonawca SKANSKA S.A., w na stronie 2 oferty, wskazał że przy udziale podwykonawców wykona podbudowy. Zgodnie z oświadczeniem wybranego Wykonawcy – zakres i wartość powierzonych robót z wykonaniem podbudowy wynosi: 4.608.214,86 złotych. Odwołujący podnosi, że z wartości robót związanych z wykonaniem podbudowy wynika, że wybrany Wykonawca powierzy podwykonawcom – wbrew postanowieniom specyfikacji – wykonanie na podbudowach także robót związanych z wykonaniem warstw bitumicznych. Odwołujący wskazuje, że kwota kosztorysu ofertowego za podbudowy jest równa sumie pozycji od 22 do 34 kosztorysu z oferty SKANSKA S.A., z których dwie ostatnie (poz. 33 i poz. 34) dotyczą właśnie wykonania warstw bitumicznych podbudowy. Oznacza to, że Wykonawca SKANSKA S.A. założył, że powierzy wykonanie części warstw bitumicznych konstrukcji nawierzchni, składających się na podbudowę, podwykonawcom – niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Dlatego oferta wybranego Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

3. Dokonanie zaniechanych czynności wykluczenia wybranego Wykonawcy lub odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy zobliguje Zamawiającego do powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego oferta Odwołującego będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty, dokumentów złożonych podczas rozprawy oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników stron i przystępującego. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu pierwszego – nie wykazania przez wybranego Wykonawcę, że jest właścicielem wytwórni mas bitumicznych w Lesznie, czyli w miejscu mniej oddalonym niż 75 km od miejsca remontu będącego przedmiotem zamówienia.

Zamawiający żądał w pkt 7.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w formularzu 3.3 wzoru formularza oferty złożenia oświadczenia o dysponowaniu wytwórnią mas bitumicznych oraz w pkt 4.2.4 zdanie 4 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót D.05.03.05, że cyt. „Maksymalna odległość transportu nie powinna przekraczać 75 km.” Wybrany Wykonawca Skanska stwierdził w oświadczeniu na str. 71 oferty, że dysponuje w pełni sprawną wytwórnią mas bitumicznych (wbm) w Lesznie z 2004 roku produkcji i jest jej właścicielem bez przedstawiania żadnych innych uwarunkowań. Ponadto wybrany Wykonawca oświadczył, że jest właścicielem wbm w Poznaniu.

Odwołujący wykazał, a Zamawiający oraz Przystępujący SKANSKA S.A. w trakcie rozprawy nie zaprzeczył, że odległość od wbm w Poznaniu do miejsca wbudowania warstw bitumicznych rozciąga się od 71 do około 82 km, czyli w znacznej części przekracza 75 km, żądane w specyfikacji. Liczby 71 do około 82 km wynikają z rozległości frontu robót remontowych od km 185+500 do km 196+800 (z tytułu postępowania) co wskazuje na prawie 12 km rozległości robót.

Złożony dowód w postaci mapki sugerujący, że najkrótsza trasa od Poznania do miejsca wbudowania masy bitumicznej wynosi od ok. 61 do 63 km nie może być wzięty pod uwagę, gdyż częściowo wskazana trasa przebiega drogami gruntowymi, a zamawiający i Przystępujący SKANSKA S.A. stwierdzali, że transport może się odbywać drogami

powiatowymi, o ile zostaną spełnione warunki dowozu masy bitumicznej lżejszymi pojazdami i wykonawca uzyska zgodę odpowiednich władz powiatowych. Zamawiający ani Przystępujący SKANSKA S.A. nie wykazali, że wskazane drogi gruntowe są drogami powiatowymi.

Ponadto Zamawiający, ani Przystępujący SKANSKA S.A. przyznali na rozprawie, że Przystępujący SKANSKA S.A. nie jest właścicielem wytwórni mas bitumicznych w Lesznie. W związku z tym zarzut dotyczący niespełnienia warunku dysponowania wytwórnią mas bitumicznych w odległości transportu nie przekraczającej 75 km od miejsca wbudowania został potwierdzony.

W trakcie rozprawy Przystępujący SKANSKA S.A. stwierdził, że jest właścicielem gruntów w Lesznie, na których mógłby w przyszłości zmontować wytwórnię mas bitumicznych. Jednakże tak Zamawiający jak i Przystępujący SKANSKA S.A. nie wzięli pod uwagę, że dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych zostało postawione jako warunek udziału w postępowaniu, a nie jako element oferty i dlatego warunek ten zamawiający musi brać pod uwagę już na etapie oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a nie dopiero na etapie badania i oceny ofert (art. 20 ust. 1 Pzp). Dlatego tak postawiony warunek przez Zamawiającego oraz tak sformułowane oświadczenie wybranego Wykonawcy obligują Zamawiającego do wykluczenia wybranego Wykonawcy po bezskutecznym zastosowaniu art. 26 ust. 3 Pzp, a jak wynika z przebiegu rozprawy żądanie złożenia odpowiednich dokumentów będzie bezprzedmiotowe, szczególnie, że oferta podlega odrzuceniu z powodów, o których niżej.

Tym niemniej Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że kwestią należytej staranności przeprowadzania postępowania przez Zamawiającego było wyjaśnienie wątpliwości, które mogły się zrodzić w związku ze złożeniem protestu, a później odwołania czy wybrany Wykonawca dysponuje wytwórnią mas bitumicznych. Zamawiający może posłużyć się w celu wyjaśnienia wątpliwości przepisem art. 26 ust. 4 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia oświadczenia przez wybranego Wykonawcę, że Wykonawca ten nie zamierza zlecać podwykonawcom cyt. „w zakresie następujących części zamówienia: warstwy bitumiczne konstrukcji nawierzchni.” – pkt 5.5 specyfikacji. Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do zarzutu Odwołującego.

Rzeczywiście Zamawiający w pkt 5.5 specyfikacji zastrzegł żeby wszystkie roboty warstwy bitumiczne konstrukcji nawierzchni nie mogły być zlecane podwykonawcom. Wybrany Wykonawca SKANSKA S.A. w swojej ofercie na str. 2 ust. 6 lit. d oświadczył, że zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawców w zakresie podbudowy o wartości 4 608 214,86 zł. Kwota ta odpowiada kwocie wartości robót podbudowy wykazanych w pkt 22-34 na str. 8 oferty, a zgodnie z pkt 33 i 34 roboty te dotyczą (33) podbudowy z betonu

asfaltowego (1 735 587,36 zł) i (34) wyrównywanie podbudowy betonem asfaltowym (1 036 252,56 zł). Kwota wszystkich robót związanych z podbudową wynosi właśnie 4 608 214,86 zł.

Dlatego zarzut, że w zakres zleconych robót wchodziły roboty związane z wbudowaniem warstw bitumicznych konstrukcji nawierzchni został uprawdopodobniony, a Zamawiający ani Przystępujący SKANSKA S.A. nie wykazali, że w skład wartościowy robót przewidzianych do powierzenia podwykonawcom mogą wchodzić inne roboty dające tę samą kwotę wykazaną na 2 stronie oferty.

Oznacza to, że Wykonawca SKANSKA S.A. założył, że powierzy wykonanie części warstw bitumicznych konstrukcji nawierzchni, składających się na podbudowę, podwykonawcom – niezgodnie z postanowieniami specyfikacji oraz niezgodnie z oświadczeniem zawartym w ust. 10 na str. 2 oferty. Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że oferta podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto przytaczany przez strony art. 467¹ Kc obliguje strony do akceptacji umów z podwykonawcami, aby zamawiający (inwestor) nie był zaskakiwany w przypadku konieczności ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, a był przygotowany na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy.

W zakresie dowodu z wyroku KIO/UZP 291/08 z 16 kwietnia 2008 r. i decyzji Nr 141/2006 Starostwa Powiatowego w Świecku z 3 kwietnia 2006 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że dokumenty dotyczą na tyle różnych stanów faktycznych, że nie może ich wziąć pod uwagę.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~ – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*