

Sygn. akt: KIO/UZP 665/08

WYROK
z dnia 15 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Agnieszka Trojanowska**
Renata Tubisz

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Giżycko, 11-500 Giżycko, Al. 1 Maja 14/120** protestu z dnia 18 czerwca 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **COMTRANS Sp. z o.o., 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę ulicy Św. Brunona w Giżycku, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1, poz. 98766 z 12.05.2008 r.), w dniu 18 czerwca 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Comtrans Sp. z o.o. z Olsztyna.

Złożenie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 12 czerwca 2008 r. o wyborze oferty Konsorcjum złożonego z Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Gołdapi i Przedsiębiorstwa Polnet Sp. z o.o. z Augustowa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Miasta Giżycka naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

- art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty w sposób sprzeczny z ustawą,
- art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, jako nie spełniającego warunków udziału określonych w SIWZ, w zakresie doświadczenia zawodowego,
- art. 89 ust.1 pkt 1 poprzez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, mimo że w dokumentach nie zostało złożone pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum, określające zakres umocowania, do czego zobowiązuje przepis art. 23 ust. 2 Pzp.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż utracił możliwość uzyskania zamówienia na rzecz wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Pismem doręczonym 25 czerwca 2008 r., Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Podniósł, że wybrany wykonawca w wykazie robót ujął „przebudowę istniejącego chodnika na ciąg pieszy i rowerowy wzdłuż ulic Wojska Polskiego, Chreptowicza, Brzostowskiego w ciągu drogi krajowej nr 8 odcinek Białystok – Suwałki od km 730 +920 do km 733+360, potwierdzoną referencjami inwestora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku. Za wystarczające umocowanie do działania przez lidera Konsorcjum – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Gołdapi, Zamawiający uznał postanowienia zawarte w przedłożonej w dokumentach oferty umowie konsorcjum.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 30 czerwca 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wykluczeniem Konsorcjum z postępowania,
- dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wybranego Konsorcjum, ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10.09.2007 r. na roboty wykazane przez Konsorcjum, jako jego doświadczenie zawodowe.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta Odwołującego przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, co następuje.

Termin składania ofert upłynął w dniu 3 czerwca 2008 r., termin związania ofertą wynoszący 30 dni uległ zawieszeniu wskutek wniesienia protestu. Oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Jak wynika z druku załącznika ZP-12 do protokołu, wybrane Konsorcjum oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za najkorzystniejszą cenę 6 676 392,84 zł, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, z ceną 7 407 989,87 zł.

W sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 4 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. wykonali w ciągu ostatnich 5 lat co najmniej jedno zadanie odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym

przedmiot zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 1 500 000 zł w charakterze głównego wykonawcy.

Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku należało złożyć wykaz według wzoru załącznika nr 5 do SIWZ, zrealizowanych robót w ciągu ostatnich 5 lat o zakresie i podobnym charakterze do przetargowego i wartości minimum 1 500 000 zł wraz dokumentami, że roboty te zostały wykonane należycie (protokół odbioru, referencje itp.). W rozdziale 1 pkt 5.7 SIWZ Zamawiający zawarł definicję, że za roboty budowlane o podobnym charakterze do przetargowego należy rozumieć prace wykonywane podobnie do zastosowanej technologii, rozwiązań konstrukcyjnych, stosowanych materiałów.

W odpowiedzi z dnia 21 maja 2008 r. na pytanie wykonawcy, Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie liczy się łączny potencjał techniczny partnerów konsorcjum.

W rozdziale 9 pkt 5 SIWZ Zamawiający wymagał, w przypadku oferty składanej przez konsorcjum, aby do dokumentacji oferty zostało dołączone pełnomocnictwo dla osoby uprawnionej do reprezentowania członków konsorcjum w trakcie postępowania (pełnomocnictwo mogło także obejmować uprawnienie do zawarcia umowy). Zamawiający uprzedził, że brak pełnomocnictwa skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Z opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w rozdziale 2.1 i 2.2 SIWZ wynika, że rozbudowa ulicy Św. Brunona o długości 2,3477 km w Giżycku polegać będzie na rozbiórce istniejącej nawierzchni bitumicznej wraz z podbudową z bruku kamiennego na odcinku od km 0 + 000 do km 0 + 240, rozbiórce istniejącej nawierzchni brukowej z kamienia łamanego obramowanej opornikami kamiennymi na odcinku od km 0 + 240 do km 2 + 347,7 wycince kolidujących drzew i krzewów, wykonaniu niezbędnych robót ziemnych /nasypy, wykopy/. Specyfikacja przewiduje, że w ramach rozbudowy zostanie odtworzona nawierzchnia na odcinku od km 0 + 000 do 1+300 z kamienia nowego, a na odcinku km 1 + 300 do 2+347,7 z kamienia uzyskanego z rozbiórki. Nawierzchnia zostanie obramowana nowym krawężnikiem kamiennym, po lewej stronie zostanie usytuowana ścieżka rowerowa z kostki betonowej gr. 8 cm szer. 2,5 m, zaś po prawej, chodnik szerokości 2,0 m z kostki betonowej szer. 8 cm. Odwodnienie ul. Św. Brunona będzie w większości powierzchniowe ściekami przykrawężnikowymi – poprzez trapezowe ścieki podchodnikowe. Na odcinku od km 0+000 do 0 + 240 wykonany zostanie kolektor deszczowy d =315 mm. Przewidziano budowę linii oświetleniowej na całej długości ulicy. W ramach przebudowy chodnika w ul. Moniuszki na odcinku od mostu obrotowego do wjazdu do jednostki wojskowej zaprojektowana jest rozbiórka istniejącej nawierzchni z płytki betonowej, istniejących zieleńców, budowa nowej nawierzchni z kostki betonowej gr. 8 cm z rozdziałem na ścieżkę rowerową i chodnik. Niweleta zostanie utrzymana na istniejącym poziomie z niewielką korektą na dostosowanie

do normatywnych spadków. W zakresie wymiany istniejącego oświetlenia, słupy oraz oprawy powinny być utrzymane w konwencji oświetlenia ul. Św. Brunona. Szczegółowy zakres robót zawarty został w przedmiarze i w załączniku nr 1 do wzoru umowy.

W dokumentach oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa Polnet Sp. z o.o., na str. 64 znajduje się wykaz robót (zał. Nr 5 do oferty), w którym została wykazana przebudowa istniejącego chodnika na ciąg pieszy i rowerowy wzdłuż ulic Wojska Polskiego, Chreptowicza, Brzostowskiego w ciągu drogi krajowej nr 8 odcinek Białystok – Suwałki od km 730 + 920 do km 733 + 360, potwierdzona referencjami inwestora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, o wartości zamówienia 1 666 867,47 zł., wykonana w okresie 12.10.2007 r. do 12.12.2007 r.. Z wystawionych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku referencji z dnia 30 maja 2008 r. (str. 65 oferty) wynika, że w ramach przedmiotowego zadania wykonano:

kanalizację deszczową, nawierzchnię, oświetlenie drogi, w tym:

- przepusty pod koroną drogi – 12,0 m,
- regulację pionową hydrantów – 2 szt,
- regulację pionową zaworów wodociągowych - 18 szt,
- regulację pionową studzienek telefonicznych – 19 szt,
- nawierzchnię z kostki betonowej o gr. 6 cm na podbudowie z kruszywa naturalnego 2 590,30 m²,
- nawierzchnię z kostki betonowej o gr. 8 cm na podbudowie z kruszywa naturalnego 3 596,87 m²
- montaż elementów oświetlenia zewnętrznego lamp rtęciowych – 4 szt.

Z przedłożonej na stronach 55 –57 dokumentacji oferty – umowy, zawartej dnia 2 czerwca 2008 r. pomiędzy w Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Polnet Sp. z o.o. wynika, że firmy utworzyły Konsorcjum w celu jednorazowego uczestnictwa w niniejszym przetargu (§ 1 umowy). W § 6 umowy do prowadzenia spraw i reprezentowania Konsorcjum w stosunkach zewnętrznych, tj. w realizacji rozbudowy ul. Św. Brunona w Giżycku, zgodnie z dokumentacją projektową inwestora, upoważnione zostało samodzielnie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jako lider Konsorcjum, z odesłaniem do § 2 umowy. W szczególności wymienione Przedsiębiorstwo upoważnione zostało z mocy tej umowy do zawarcia kontraktu z Gminą Miejską Giżycko, wystawiania faktur VAT za wykonane przez Konsorcjum roboty i otrzymywania zapłaty. Umowa została podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania obydwu partnerów, w sposób przewidziany w odpisach z KRS spółek o numerach 216370 i 29205.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Rozporządzenie 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. nr 87, poz. 605) w § 1 ust. 2 pkt 1 stanowi, że w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia.

W przekonaniu składu orzekającego Izby, oznacza to, że wykonawca, który składa ofertę nie musi wykazywać, iż ma doświadczenie w wykonywaniu identycznych robót jak przedmiot postępowania przetargowego. Określenie zawarte w przywołanym rozporządzeniu oznacza roboty podobne, tak ze względu na obiekt realizacji, zakres, stopień skomplikowania oraz wartość. Załącznik nr 5 do SIWZ, w nagłówku wprost informuje, że w wykazie należy umieścić roboty o „podobnym charakterze.”

W pojęciu definicji ustawowej art. 4 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 19, poz. 115 ze zm.), przez drogę należy rozumieć budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącymi całość techniczno – użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego. Do dróg zalicza się w sposób oczywisty ulice, jako drogi na terenie zabudowy, chodniki jako część drogi przeznaczonej do ruchu pieszego itp. nie wyłączając ścieżek rowerowych. Z powyższych ustaleń, opartych na materiale dowodowym sprawy wynika, że roboty, które wykazało wybrane Konsorcjum odpowiadają swoim rodzajem robotom drogowym, a więc takiemu samemu rodzajowi robót jak przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Ponadto wartość i zakres robót jest zbliżony. W skład robót wykazanych przez Konsorcjum wchodziły również elementy oświetlenia i ścieżki rowerowe, co wynika z udzielonych referencji oraz z ogłoszenia o zamówieniu nr 162385 – 2007 r. z dnia 10 września 2007, zamieszczonego na stronie internetowej inwestora – GDDKiA Oddział w Białymstoku.

Wprawdzie nie zostały wykazane roboty w zakresie kanalizacji deszczowej i linii energetycznej oświetlenia ulic, jednakże nie dyskredytuje to wykazanego doświadczenia zawodowego wykonawcy, gdyż wymaganie pełnego udokumentowania zakresu i charakteru robót sprowadzało by się w istocie do żądania wykazania doświadczenia w prowadzeniu robót tożsamyh. Warunek udziału ustalony przez Zamawiającego odnosi się wyłącznie do rodzaju robót i tym warunkiem Zamawiający pozostaje związany.

Wykonawcy składający ofertę wspólną zobowiązani są przedłożyć, stosownie do art. 23 ust. 2 Pzp pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, przy czym w samym pojęciu pełnomocnictwa, mieści się określenie zakresu umocowania. Nie oznacza to jednak, że za dopuszczony i odpowiedni, może być uznany wyłącznie dokument, który będzie nosił nazwę „pełnomocnictwo.” Skład orzekającego Izby wyraża przekonanie, iż może być to każdy dokument, który będzie zawierał oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie o zawiązaniu konsorcjum i zakresie upoważnienia dla lidera. Przepisy UZP nie narzucają granic pełnomocnictwa, które może obejmować czynności w postępowaniu, w tym złożenie oferty, a także umocowanie do zawarcia umowy o realizację zamówienia. Określone czynności mogą też zostać wyłączone z pełnomocnictwa i być podejmowane przez wszystkich partnerów. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, przedłożona w dokumentach oferty umowa konsorcjum stanowi dokument prawidłowy, określający zakres umocowania lidera – Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., gdzie w § 6 jest postanowienie, że lider jest upoważniony samodzielnie do prowadzenia spraw i reprezentowania Konsorcjum dziedzinie stosunków zewnętrznych, to znaczy przy rozbudowie ul. Św. Brunona w Giżycku, zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną przez inwestora (§ 2 umowy). Jednakże zakresu umocowania pełnomocnika nie można odczytywać w oderwaniu od celu zawartej umowy konsorcjum, określonego w § 1 umowy, w którym strony stwierdzają jednoznacznie o zawiązaniu konsorcjum dla jednorazowego uczestnictwa w przetargu nieograniczonym, organizowanym przez Gminę Miejską Giżycko na rozbudowę ulicy Św. Brunona, z czego należy wywodzić, iż umocowanie lidera obejmowało fazę postępowania przetargowego łącznie ze złożeniem oferty i zawarciem umowy. Potwierdzeniem powyższej interpretacji zakresu umocowania jest treść § 4 pkt 2 umowy, stanowiącego o rozwiązaniu Konsorcjum z dniem ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu przez Zamawiającego i nie wybrania złożonej oferty. Znamienne jest, że sam Odwołujący nie podniósł zarzutu, iż oferta złożona przez lidera występującego w imieniu Konsorcjum jest nieważna, albowiem została podpisana przez osoby nieumocowane.

Wobec powyższego za chybione należy uznać zarzuty, że wybrane Konsorcjum nie wykazało się wymaganym doświadczeniem w prowadzeniu rodzaju robót jak przedmiot zamówienia, a ponadto, że nie zostało przedstawione prawidłowe pełnomocnictwo dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., jako wyznaczonego lidera.

Skład orzekający KIO nie podzielił stanowiska Odwołującego i nie stwierdził, że Zamawiający przez wybór oferty Konsorcjum naruszył wskazane przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów udziału w postępowaniu na rzecz Zamawiającego, gdyż nie zostały złożone rachunki, czego wymaga § 4 ust. 1 pkt 2 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. 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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*