

Sygn. akt UZP/ZO/0-1372/06

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 16 maja 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Bartosz Marek Frączyk**

Arbitrzy: **Joanna Teresa Gontarska**

Bartosz Jakub Zawacki

Protokolant **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16.05.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Al. Wojska Polskiego 37

od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**

Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a

protestu z dnia 21 kwietnia 2006 r.

orzeka:

1. *Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórne badanie i ocenę ofert.*

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

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 528 zł 79 gr**
(słownie: **trzy tysiące pięćset dwadzieścia osiem złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy**)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Al. Wojska Polskiego 37**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 188 zł 79 gr**
(słownie: **siedem tysięcy sto osiemdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy**)
przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Al. Wojska Polskiego 37**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty **1 215 zł 21 gr**
(słownie: **jeden tysiąc dwieście piętnaście złotych dwadzieścia jeden groszy**)
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Al. Wojska Polskiego 37.**

3. Uzasadnienie

Pismem z dnia 21.04.2006r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu złożyło do Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad, Oddział w Poznaniu protest na

czynności i zaniechania Zamawiającego w toku przetargu nieograniczonego na przebudowę skrzyżowania w miejscowości Czekanów oraz przebudowę skrzyżowania w miejscowości Biskupice Ołoboczne. Według Odwołującego w toku postępowania Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez „BUDKOM” Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe J. Hoffman i K. Kosecki Sp. j. z siedzibą w Kaliszu, wykluczenie z postępowania ww. spółki i odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę, dokonanie powtórnej oceny ofert oraz uznanie za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 7.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunki udziału oraz sposób dokonania oceny spełnienia warunku doświadczenia, wymaganego w przedmiotowym postępowaniu, poprzez wymóg, iż „Wykonawca musi wykazać, że zrealizował (rozpoczął i zakończył) jako strona umowy (...) co najmniej 2 zadania odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonał dwa skrzyżowania jako samodzielne lub w ciągu przebudowywanych dróg, o wartości co najmniej 800 000,00 zł każde, z podaniem ich wartości (...)”. Dalej Odwołujący wskazał, że firma „BUDKOM” w załączniku do oferty – formularz 3.4 „Doświadczenie zawodowe” jako zadania o złożoności, zakresie i wartości porównywalnej z przedmiotem zamówienia wskazała dwa zamówienia:

1. „Przebudowę ulicy Majkowskiej w Kaliszu – etap II wraz ze skrzyżowaniem ul. Majkowska – Al. Wojska Polskiego i przebudowa sygnalizacji świetlnej na tym skrzyżowaniu”,
2. „Przebudowę skrzyżowań w ciągu drogi krajowej nr 12 Pleszew – Kalisz w m. Gołuchów”.

Odwołujący zauważył, że z załączonych do wykazu „Doświadczenie zawodowe” dokumentów wynika, iż firma „BUDKOM” w zakresie zamówienia „Przebudowa skrzyżowań w ciągu drogi krajowej nr 12 Pleszew – Kalisz w m. Gołuchów” wykonała roboty kanalizacji deszczowej oraz ułożyła nawierzchnię z masy bitumicznej. Realizowane w ramach konsorcjum wspólnym z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych S.A. w Ostrowie Wlkp. zamówienie wymienione przez firmę „BUDKOM”, w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym w BZP 89/2002 figuruje jako „przebudowa drogi krajowej nr 12 Pleszew – Kalisz w m. Gołuchów”. W zadaniu tym, w ocenie Odwołującego, nie było wydzielonych odrębnych skrzyżowań do przebudowy. Na odcinku długości 0,7 km przebudowanej drogi, w sześciu miejscach dochodzą do niej drogi lokalne, gdy tymczasem w myśl ustawy o drogach publicznych, skrzyżowaniem jednopoziomowym dróg publicznych jest przecięcie lub połączenie dróg publicznych na jednym poziomie. Wartość wskazanego przez firmę „BUDKOM” zadania dotyczy wartości robót na całym przebudowanym odcinku drogi, na którym znajduje się 6 skrzyżowań z drogami lokalnymi. Podana przez „BUDKOM” wartość zadania nie jest więc wartością jednego skrzyżowania, wykonanego w ciągu przebudowanej drogi, jak tego wymagał Zamawiający, a wartością kilku skrzyżowań, co zresztą potwierdzają referencje, w której mówi się o „przebudowie skrzyżowań”. Z powyższego Odwołujący wnioskuje, iż wartość robót na jednym skrzyżowaniu – wartość jednego skrzyżowania wynosi dużo poniżej 800 000 zł. Skoro tak to, według Odwołującego, zadanie wymienione w wykazie „Doświadczenie zawodowe” pod pozycją „2” nie odpowiada swym rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, ponieważ nie jest porównywalne co do zakresu, złożoności i wartości z przedmiotowym zamówieniem.

W ocenie Odwołującego nie jest również potwierdzeniem posiadania wymaganego doświadczenia w wykonywaniu porównywalnych zamówień, zadanie wymienione przez firmę „BUDKOM” pod pozycją „1”. W rzeczywistości firma „BUDKOM” w systemie podwykonawstwa dla inwestora, wykonała bowiem jedynie pewien zakres prac. Zadanie to,

zdaniem Odwołującego, nie jest zadaniem spełniającym wymogi zakresu i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu zamówienia. Przebudowa skrzyżowania ulicy Majkowskiej i Al. Wojska Polskiego nie wiązała się ze zmianą geometrii jezdni, wykonaniem poszerzeń i wysp kanalizujących ruch. Zawierała ona w swoim zakresie jedynie przebudowę kanalizacji i sygnalizacji świetlnej oraz wzmocnienie nawierzchni i wykonanie chodników oraz zjazdów z kostki brukowej. W szczególności zakres prac wykonywanych przez „BUDKOM”, który jest tylko wycinkiem robót wykonywanych na tym skrzyżowaniu, nie jest w swojej złożoności porównywalny z kompleksową przebudową skrzyżowań, z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym zamówieniu.

Odwołujący zauważył także, iż w punkcie 7.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zażądał od wykonawców wykazania się realizacją zadań jako strona umowy. Należy więc według Odwołującego domniemywać, iż chodzi tutaj o wykazanie się posiadaniem statusu wykonawcy jako strona umowy z osobą, która posiada prawo do władania terenem budowy (jest zarządzającym drogami), tj. z zamawiającym (inwestorem) zamówienia, inaczej bowiem użycie przez Zamawiającego sformułowania „jako strona umowy” nie wnosi nic istotnego i jego użycie nie miałoby sensu. W myśl przepisu art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, inwestor zaś zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy (w tym przepisy prawa budowlanego) czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, a następnie do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W takim rozumieniu przepisów umów o roboty budowlane, inwestorem zamówienia „Przebudowa ulicy Majkowskiej w Kaliszu – etap II wraz ze skrzyżowaniem ul. Majkowska – Al. Wojska Polskiego i przebudowa sygnalizacji świetlnej na tym skrzyżowaniu”

było Przedsiębiorstwo Ulic i Mostów w Kaliszu, z którym firma „BUDKOM” zawarła umowę na częściową realizację zamówienia jako podwykonawca.

Oddalając protest pismem z dnia 26.04.2006r. Zamawiający uznał wszelkie zarzuty zawarte w proteście za niezasadne, wskazując że firma „BUDKOM” w doświadczeniu zawodowym wykazała spełniające warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia 2 zadania – skrzyżowania o wartości minimum 800 tys. zł każde.

Pismem z dnia 29.04.2006r. złożono odwołanie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 i ust.3, art. 22 ust.1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez firmę „BUDKOM”, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania „BUDKOM” i odrzucenie oferty tej spółki, nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem wyłącznie oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu uznanie, że najkorzystniejszą ofertę jako jedyną niepodlegającą odrzuceniu złożył Odwołujący. Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący wniósł jak w pisemnym odwołaniu. Strony wniosły także o zasądzenie kosztów postępowania.

Zespół Arbitrów zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Zespół Arbitrów rozstrzygnął w przedmiocie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, określonych w art. 187 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W tym przypadku na podstawie dokumentów i oświadczeń stron postępowania w toku posiedzenia Zespół Arbitrów ustalił, że zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione w terminie. Zespół Arbitrów ustalił również, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia protestu, a następnie odwołania. W tym przypadku interes prawny

Odwołującego mógł doznać uszczerbku w wyniku nieodrzczenia oferty innego wykonawcy, albowiem skutkiem tej czynności, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się w tym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w punkcie 7.2.4 określa w sposób jednoznaczny, iż wykonawca musi wykazać, iż wykonał dwa skrzyżowania o wartości co najmniej 800 000,00 zł każde. Już literalna wykładnia tego zapisu nie pozostawia wątpliwości co do intencji Zamawiającego, który wymagał, aby każde z tych skrzyżowań było o wartości co najmniej 800 000 zł. Z treści formularza 3.4 przedłożonego przez firmę „BUDKOM” wynika, iż robota wskazana pod jego pozycją nr 2 nie dotyczyła jednego skrzyżowania, a skrzyżowań (co najmniej więc dwóch). W toku rozprawy Zamawiający przedłożył „Projekt wykonawczy. Przebudowa skrzyżowań w ciągu drogi krajowej nr 12 Pleszew – Kalisz w m. Gołuchów”. W ocenie Zespołu Arbitrów w sprawie mamy więc do czynienia bezspornie co najmniej z dwoma skrzyżowaniami wykonanymi przez firmę „BUDKOM” – przemawia za tym nomenklatura zastosowana w powołanym „Projekcie wykonawczym”, formularzu 3.4 złożonym przez firmę „BUDKOM” oraz w referencjach z dnia 27.01.2004r. wystawionych tej firmie przez Zamawiającego. We wszystkich tych dokumentach mamy do czynienia z pojęciem „skrzyżowań”, co jednoznacznie wskazuje na liczbę mnogą. Dlatego Zespół Arbitrów uznał, iż zmiana stanowiska przez Zamawiającego w tym zakresie została dokonana wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Podziela Zespół Arbitrów również stanowisko Odwołującego, iż w sprawie nie może znaleźć zastosowania Zarządzenie nr 10 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 12.06.2001r. w sprawie wprowadzenia zasad technicznych w zakresie projektowania skrzyżowań drogowych, gdyż po pierwsze jest to akt wewnętrzny Zamawiającego, który nie powoływał się na niego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po wtóre, już z jego tytułu wynika, że obowiązuje ono „w zakresie projektowania”. Już więc na etapie projektowania uznano, że w sprawie mamy do czynienia z dwoma skrzyżowaniami, a

Zamawiający nie żądał sprostowania tego, zgodnie z Zarządzeniem nr 10, na które się obecnie powołuje.

W tym stanie rzeczy, oczywistym jest, iż firma „BUDKOM” nie wykazała się żądanym przez Zamawiającego doświadczeniem, a skoro tak, to jej oferta nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zespół Arbitrów uznał za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego Odwołującego w wysokości 3660 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

Arbitrzy:

.....

¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.