

Sygn. akt: KIO/UZP 951/10

**WYROK**

**z dnia 2 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Członkowie: Robert Skrzyszewski**

**Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2010 r. przez **występujących wspólnie Wykonawców: Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8 oraz Mapa Insaat ve Ticaret Anonim Sirketi Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya, Ankara, Turcja**, odwołania, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**, protestu z dnia 23 kwietnia 2010 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża występujących wspólnie Wykonawców: Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8 oraz Mapa Insaat ve Ticaret Anonim Sirketi Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya, Ankara, Turcja**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **występujących wspólnie Wykonawców: Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8 oraz Mapa Insaat ve Ticaret Anonim Sirketi Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya, Ankara, Turcja,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **występujących wspólnie Wykonawców: Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8 oraz Mapa Insaat ve Ticaret Anonim Sirketi Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya, Ankara, Turcja** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **występujących wspólnie Wykonawców: Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8 oraz Mapa Insaat ve Ticaret Anonim Sirketi Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya, Ankara, Turcja.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „*Budowę drogi ekspresowej 517, odcinek Kurów - Lublin – Piaski Zadanie nr 5: Rozbudowa drogi krajowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (węzeł Witosa) - Piaski (początek obwodnicy) od km 616+616 do km 630+400, Zadanie 5a: Budowa ulicy „Projektowanej” (obecnie Al. NSZZ „Solidarność”) klasy G, odcinek od Al. Witosa (wraz z węzłem) w Lublinie do Al. Lotników Polskich w Świdniku*”, zostało wszczęte przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, działającą przez swój oddział w Lublinie, zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 17 grudnia 2009 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie

internetowej. Zamawiający w tym samym dniu przekazał to ogłoszenie w Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2009/S 246-352451 z dnia 22 grudnia 2009 r.).

W dniu 8 kwietnia występujący wspólnie Wykonawcy: Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., 00-613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8 oraz Mapa Insaat ve Ticaret Anonim Sirketi Ugurmumcu Cad. No. 88 Gaziosmanpasa Cankaya, Ankara, Turcja Turcja, zwani dalej Konsorcjum, Protestującym lub Odwołującym, wnieśli do Zamawiającego protest na czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zaniechanie czynności zaproszenia ich do składania ofert. Wobec oddalenia przez Zamawiającego w dniu 4 maja 2010 r. w całości wniesionego protestu, Wykonawca ten wniósł w dniu 14 maja 2010 r. odwołanie od takiego rozstrzygnięcia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Konsorcjum w proteście Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Protestujący żądał unieważnienia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunków, powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunków, przyznania Konsorcjum ilości punktów w sposób zgodny z procedurą przewidzianą w ust. IV.1.2 ogłoszenia, zaproszenia Odwołującego do składania ofert oraz doprowadzenia postępowania do zgodności z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Konsorcjum uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty wskazywało, iż Zamawiający mając na celu wykonanie regulacji art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał dodatkowej oceny spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego, aby wyłonić spośród dwudziestu sześciu wykonawców, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, dwudziestu z największą ilością punktów.

Zasady dokonywania oceny spełniania powołanego warunku określone zostały przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. IV.1.2). Zgodnie z nim Wykonawca otrzymać miał po 1 punkcie za każde zrealizowane z należyłą starannością zamówienie, polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy A lub S lub GP o wartości min. 90 000 000 PLN brutto oraz po 1 punkcie za zrealizowanie z należyłą starannością zamówienie, polegające na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego mostu lub wiaduktu o min. długości przęsła 35 m. W przypadku wykazania przez Wykonawcę wykonania zarówno budowy lub przebudowy drogi wraz z budową lub przebudową obiektu inżynierskiego w ramach jednego zamówienia - Wykonawca otrzymać miał 2 punkty

za każde zrealizowane z należytą starannością zamówienie spełniające łącznie wymogi określone w pkt III.2.3)2 „Doświadczenie zawodowe”.

Protestujący wskazywał, iż Zamawiający kierując się nieprawidłowym rozumieniem tak sformułowanego warunku w trakcie procesu oceny warunku przyznał mu jedynie 4 punkty, podczas gdy powinien on otrzymać punktów 23.

Uzasadniając to twierdzenie, argumentował, iż warunek przytoczony powyżej powinien być rozumiany w sposób następujący – w przypadku, gdy wykonawca zrealizował zamówienie polegające na:

- budowie lub przebudowie dróg (liczba mnoga!) klasy A lub S lub GP o wartości min. 90 000 000 PLN, lecz nie realizował w ramach tego zamówienia budowy lub przebudowy obiektu (liczba pojedyncza!) inżynierskiego mostu lub wiaduktu o min. długości przęsła 35 m.; w takim przypadku wykonawca otrzymać powinien jeden (1) punkt za każde zamówienie polegające na budowie lub przebudowie dróg;
- budowie lub przebudowie obiektu (liczba pojedyncza!) inżynierskiego mostu lub wiaduktu o min. długości przęsła 35 m., lecz zadanie to nie było wykonywane w ramach realizacji zamówienia budowy lub przebudowy dróg klasy A lub S lub GP o wartości min. 90 000 000 PLN; w takim przypadku wykonawca otrzymać powinien jeden (1) punkt za każdy budowany lub przebudowany most lub wiadukt;
- budowie lub przebudowie dróg (liczba mnoga!) klasy A lub S lub GP o wartości min. 90 000 000 PLN, a w ramach tego zamówienia realizował budowę lub przebudowę obiektu (liczba pojedyncza!) inżynierskiego mostu lub wiaduktu o min. długości przęsła 35 m.; w takim przypadku wykonawca otrzymać powinien dwa (2) punkty: jeden (1) punkt za realizację zamówienie polegającego na budowie lub przebudowie dróg oraz jeden (1) punkt za zbudowany lub przebudowany most lub wiadukt. W przypadku, gdy w ramach tego zamówienia wykonał więcej mostów lub wiaduktów – liczba punktów mu przyznanych powinna odpowiadać sumie jednego punktu za budowę lub przebudowę dróg oraz liczbie punktów odpowiadającej ilości wybudowanych lub przebudowanych mostów lub wiaduktów.

Podnosił, w pozycji 5 załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu *Doświadczenie zawodowe* wykazał wykonanie 9 mostów, zaś w pozycji 6 – 10 mostów. Suma punktów, które w jego ocenie powinna zostać mu przypisania, za wykazanie powołanych postów, w połączeniu z pozostałymi czterema

pracami polegającymi na budowie lub przebudowie autostrad, daje liczbę 23 punktów, które Zamawiający powinien mu przyznać. Tymczasem otrzymał on jedynie 4 punkty.

Niezależnie od powyższego Protestujący wskazywał, iż wobec sformułowania treści pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości, powinien on być interpretowany na korzyść Konsorcjum.

Zamawiający uzasadniając oddalenie protestu wskazał, iż zarzut zaniechania zaproszenie do składania ofert, jest przedwczesny, z uwagi na fakt, iż na dzień przekazania Wykonawcom informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie przekazywał zaproszeń do składania ofert.

Odnosząc się zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż zasady dokonywania dodatkowej oceny spełniania warunków określił w sposób jednoznaczny. Wobec czego zarzuty podnoszone przez Konsorcjum uważa za bezzasadne. Uzasadniając przyznanie Protestującemu 4 punktów w procesie oceny warunku, Zamawiający ustosunkował się do każdej wykazanej przez Konsorcjum pracy i wskazał, które uznał jako spełniające określony w ogłoszeniu o zamówieniu warunek, i za które tym samym przyznał Protestującemu punkty.

Konsorcjum wnosząc odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych potrzymało zarzuty, żądania oraz argumentację zawarte w proteście.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej

sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i z dnia 9 lipca 2007 r. 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 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym – sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp oraz stwierdzenie wypełnienia przesłanki interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Odwołującego, informację o spełnianiu warunków w postępowaniu z dnia 13 kwietnia 2010 r., treść środków ochrony prawnej wraz z rozstrzygnięciem protestu oraz protokół postępowania ZP-1.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zasady dokonywania oceny spełniania powołanego warunku określone zostały przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. IV.1.2). Zgodnie z nim Wykonawca otrzymać miał po 1 punkcie za każde zrealizowane z należytą starannością zamówienie, polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy A lub S lub GP o wartości min. 90 000 000 PLN brutto oraz po 1 punkcie za zrealizowane z należytą starannością zamówienie, polegające na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego mostu lub wiaduktu o min. długości przęsła 35 m. W przypadku wykazania

przez Wykonawcę wykonania zarówno budowy lub przebudowy drogi wraz z budową lub przebudową obiektu inżynierskiego w ramach jednego zamówienia - Wykonawca otrzymać miał 2 punkty za każde zrealizowane z należytą starannością zamówienie spełniające łącznie wymogi określone w pkt III.2.3)2 „Doświadczenie zawodowe”. Powołany pkt III.2.3)2 stanowił, iż Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował z należytą starannością (zakończył) jako wykonawca lub podwykonawca: 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy A lub S lub GP o wartości min. 90 000 000 PLN brutto oraz 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego mostu lub wiaduktu o min. długości przęsła 35 m. W punkcie tym wskazano również, iż jedno zadanie może potwierdzać spełnianie obu warunków.

Izba, po dokonaniu analizy przywołanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu, uznała, iż argumentacja podnoszona przez Odwołującego nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym.

W ocenie Izby treść kwestionowanych przez Odwołującego zapisów ogłoszenia o zamówieniu nie pozostawia wątpliwości, iż w przypadku wykazania przez Wykonawcę wykonania zarówno budowy lub przebudowy drogi wraz z budową lub przebudową obiektu inżynierskiego w ramach jednego zamówienia – Wykonawca, niezależnie od rzeczywistej liczby wykonanych w ramach tej pracy mostów lub wiaduktów, otrzymać miał 2 punkty za każde zrealizowane z należytą starannością zamówienie. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż wobec jednoznaczności powołanego zapisu ogłoszenia o zamówieniu, zbędne jest dokonywanie, innej niż literalna, jego wykładni.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut zaniechania zaproszenia do składania ofert Izba uznała za przedwczesny, tym samym za wniesiony z uchybieniem terminu, z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie przekazywał jeszcze zaproszeń do składania ofert. Informacja o zamiarze dokonania czynności zaproszenia zakwalifikowanych Wykonawców do składania ofert w terminie późniejszym została zawarta przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 kwietnia 2010 r. zawierającego informację o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a ponadto powtórzona przez Zamawiającego również w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które miały wpływ lub mogłyby mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 ze zm.).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....