

Sygn. akt: KIO/UZP 384/08

WYROK
z dnia 7 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Marek Koleśnikow
Emil Kuriata
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: **EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., 54-434 Wrocław, ul. Budziszewska 35/1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Ruda Śląska, 41-709 Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6** protestu z dnia 8 kwietnia 2008 r.

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

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Ruda Śląska, 41-709 Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 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 **EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., 54-434 Wrocław, ul. Budziszewska 35/1;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8528 zł 14 gr. (słownie: osiem tysięcy pięćset dwadzieścia osiem złotych czternaście groszy) przez **Miasto Ruda Śląska, 41-709 Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6** na rzecz **EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., 54-434 Wrocław, ul. Budziszewska 35/1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 i zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., 54-434 Wrocław, ul. Budziszewska 35/1.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ruda Śląska prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania, którego przedmiotem jest Pomoc techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt w ramach projektu pn.: "Oczyszczanie ścieków – Ruda Śląska". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 28 listopada 2007 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2007/S 229-279387.

Dnia 2 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego się z postępowania. Czynność ta stała się podstawą do wniesienia dnia 8 kwietnia 2008 r. protestu, w którym Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7, art. 22, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3, art. 25, art. 89 ust. 1 pkt 5.

Zdaniem Odwołującego się p. Adam Rak, zaproponowany na stanowisko Eksperta ds. Technicznych, posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie w nadzorowaniu robót budowlanych, w tym 3 letnie doświadczenie w nadzorowaniu robót budowlanych przy realizacji co najmniej jednej inwestycji infrastrukturalnej z zakresu gospodarki ściekowej realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne o wartości min. 20 000 000 PLN brutto w rozumieniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wyjaśnienia do SIWZ, zawarte w odpowiedziach na pytania nr 2, 3, 4 i 5.

We wskazanym przez Odwołującego się projekcie „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Jeleniej Górze” p. Adam Rak pełnił funkcję Koordynatora a jednocześnie wykonywał czynności Inspektora Nadzoru wspierającego kluczowych ekspertów w zakresie technologii uzdatniania wody i oczyszczania ścieków, systemu kanalizacyjnego oraz gospodarki osadami. Powyższe potwierdza załączone do protestu pismo z Urzędu Miasta Jelenia Góra. Wskazany w uzupełnieniu z dnia 11 marca 2008 r. Kontrakt nr 2 dla powołanego projektu stanowi jeden z kontraktów o wartości 20 000 000 PLN brutto. Jednocześnie z dołączonej do protestu opinii Instytutu Inżynierii Ochrony Środowiska Politechniki Wrocławskiej wynika, że Zakład Uzdatniania Wody należy potraktować jako zakład z zakresu gospodarki wodno-ściekowej.

W związku z powyższym Odwołujący się żąda unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przywrócenia oferty Odwołującego się i dokonania powtórnego badania i oceny ofert.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła dnia 11 kwietnia 2008 r. ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. Przystępujący podtrzymał twierdzenia zawarte w swoim proteście z dnia 21 lutego 2008 r. oraz przyłączył się do argumentacji Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2008 r., zawartej w zawiadomieniu o wyniku postępowania.

Dnia 18 kwietnia 2008 r. Zamawiający protest oddalił. W pkt 9.1.2 c SIWZ Zamawiający określił Kluczowy personel wymagany do realizacji zamówienia. Jedną z osób wymaganych przez Zamawiającego jest Ekspert ds. Technicznych, który zgodnie z postanowieniami SIWZ, winien posiadać określone kwalifikacje. Dodatkowo, Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2007 r. udzielił wyjaśnień, iż „przez co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych Zamawiający rozumie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub inżyniera rezydenta w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC”. Odwołujący się w swojej ofercie wskazał, iż funkcję Eksperta ds. Technicznych będzie pełnił p. Adam Rak. Dokumenty przedstawione w ofercie oraz przedłożone na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdzają jednak, iż osoba ta spełnia wymogi związane z doświadczeniem. Zamawiający uznał, iż osoba ta posiada wprawdzie wymagane doświadczenie 5 lat w nadzorowaniu robót budowlanych, jednak nie posiada 3-letniego doświadczenia w nadzorowaniu robót budowlanych przy realizacji co najmniej jednej inwestycji infrastrukturalnej z zakresu gospodarki ściekowej realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne o wartości min. 20 000 000 PLN brutto. Informacje podane tytułem uzupełnienia pozwoliły na jednoznaczną ocenę co do braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wynika z nich, iż mimo wcześniejszego uznania, że Odwołujący się spełnia 3 letnie wymagane doświadczenie, należy ostatecznie stwierdzić, iż takowego doświadczenia nie posiada. Z dokumentów wynika bowiem, że osoba ta sprawowała funkcję Koordynatora projektu/inspektora nadzoru jedynie w ramach Kontraktu nr 2, którym jest budowa Zakładu Uzdatniania Wody. Kontrakt ten jest jednakże inwestycją z zakresu gospodarki wodnej a nie gospodarki ściekowej. Opinia dołączona do protestu nie może być traktowana jako wiążąca. Istnieje wyraźny podział na gospodarkę wodną oraz ściekową a to, że Zakład Uzdatniania Wody wyposażony jest w urządzenia kanalizacyjne i pomiarowe nie może być podstawą do uznania, iż budowa takiego zakładu jest inwestycją z zakresu gospodarki ściekowej.

Nie można brać pod uwagę również pisma z Urzędu Miasta Jeleniej Góry, gdyż zostało złożone zbyt późno.

Odwołujący się nie podzielił stanowiska Zamawiającego i wniósł 23 kwietnia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i żądania zgłoszone w proteście.

Zdaniem Odwołującego się dokument załączony do protestu w postaci zaświadczenia z Urzędu Miasta Jelenia Góra nie jest spóźnionym, bowiem nie jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący się podnosi, że nawet gdyby przyjąć, że tylko kontrakty nr 1 i 3 zrealizowane w Jeleniej Górze należą do zakresu gospodarki ściekowej, to okres doświadczenia p. Adama Raka zdobyty w trakcie ich realizacji przekracza 3 lata.

Wreszcie wskazać należy, że jeśliby przyjąć, że wymieniona osoba wykonywała funkcję inspektora nadzoru jedynie w ramach kontraktu nr 2 inwestycji w Jeleniej Górze, to zdobyte doświadczenie jest wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy bowiem stwierdzić, że Zakład Uzdatniania Wody jest inwestycją z zakresu gospodarki ściekowej. Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę (Dz. U. z 2006, Nr 123, poz. 858 z późn. zm.) nie definiuje pojęcia gospodarki wodnej ani ściekowej. Natomiast w ustawie zdefiniowano takie pojęcia jak: urządzenia kanalizacyjne, pomiarowe i wodociągowe. Podkreślić należy, że uzdatnianie wody polega m.in. na jej oczyszczaniu, czemu towarzyszy powstawanie ścieków i osadów, które muszą być unieszkodliwione a następnie usunięte poza obszar zakładu.

Co do naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp Odwołujący się podnosi, że Zamawiający dokonał nadinterpretacji dokumentów znajdujących się w jego ofercie, która doprowadziła do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Zamawiający w pkt 9.1.2 SIWZ wskazał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać warunki udziału w postępowaniu m.in. w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia. W szczególności wykonawca zobowiązany był wskazać Kluczowy personel uczestniczący w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakres wykonywanych przez nich czynności (pkt 9.1.2 lit c). Kluczowy personel stanowi Lider Zespołu, Ekspert ds. Technicznych oraz Ekspert ds. Finansowych. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby Ekspert ds. Technicznych posiadał m.in. następujące kwalifikacje: co najmniej 5 letnie doświadczenie

zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych, w tym co najmniej 3 letnie doświadczenie w nadzorowaniu robót budowlanych przy realizacji co najmniej jednej inwestycji infrastrukturalnej z zakresu gospodarki ściekowej realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne o wartości minimum 20 000 000 PLN brutto. W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ oraz CV zawierające informacje potwierdzające spełnienie stawianych wymogów.

W złożonej przez Odwołującego się ofercie znalazł się wykaz osób uczestniczących w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, sporządzony według wymaganego wzoru, jednakże nie dołączono CV osób wyszczególnionych w wykazie. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2008 r. Odwołujący się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnił braki. W tym stanie rzeczy Zamawiający uznał, że Odwołujący się spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednakże w wyniku protestu złożonego przez firmę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., który Zamawiający częściowo uwzględnił, stwierdzono iż Odwołujący się posiada co prawda 3 letni okres wymaganego doświadczenia, ale nie potwierdził okresu 5-letniego doświadczenia zawodowego Eksperta ds. Technicznych. W związku z powyższym na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 marca 2008 r., Odwołujący się pismem z dnia 11 marca 2008 r., przedstawił szczegółowy przebieg pracy zawodowej p. Adama Raka, proponowanego na wskazane stanowisko. W wyniku uwzględnienia protestu Zamawiający uznał 5 letni staż zawodowy Eksperta, jednakże zakwestionował jego 3 letnie doświadczenie.

Istota sporu sprowadza się zatem do oceny doświadczenia p. Adama Raka w zakresie realizacji projektu „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków w Jeleniej Górze” w świetle postawionego w SIWZ warunku posiadania 3-letniego doświadczenia w nadzorowaniu robót budowlanych przy realizacji co najmniej jednej inwestycji infrastrukturalnej z zakresu gospodarki ściekowej realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej tak postawiony warunek daje możliwość wykonawcom wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji inwestycji realizowanych na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006, Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub warunków kontraktowych FIDIC. Zaś zgodnie z powołanymi aktami funkcje nadzoru pełni kierownik budowy z ramienia wykonawcy, inspektor nadzoru z ramienia inwestora a także Inżynier/Inżynier rezydent. Z uzupełnionych CV p. Adama Raka wynika, że w spornym projekcie pełnił on funkcję Inspektora Nadzoru w okresie od października 2004 r. do listopada 2007 r. dla robót technologicznych w ramach kontraktu nr 2 a ponadto odpowiedzialny był za zarządzanie i koordynację całego projektu. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej wskazane doświadczenie potwierdziło posiadanie

3-letniego doświadczenia w nadzorowaniu robót budowlanych. W kwestii oceny, czy nadzorowana inwestycja stanowi inwestycję infrastrukturalną z zakresu gospodarki ściekowej, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że budowę Zakładu Uzdatniania Wody, realizowaną w ramach kontraktu nr 2 przedmiotowej inwestycji, należy zaliczyć do inwestycji z zakresu gospodarki ściekowej. Należy zwrócić bowiem uwagę, że brak definicji gospodarki ściekowej w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006, Nr 123, poz. 858 z późn. zm.) oraz brak sprecyzowania tego pojęcia w SIWZ daje wykonawcom możliwość zaproponowania inwestycji, która zawiera chociażby elementy gospodarki ściekowej. Zatem, w świetle tak postawionego warunku, Zakład Uzdatniania Wody należy zaliczyć do inwestycji z zakresu gospodarki ściekowej, gdyż jak sama nazwa wskazuje, jest wyposażony w urządzenia kanalizacyjne. Proces uzdatniania wody, jest bowiem procesem jej oczyszczania, któremu towarzyszy powstawanie określonych ilości ścieków i osadów. Na tej podstawie Zamawiający zobowiązany był uznać, że skoro Zakład Uzdatniania Wody zawiera ciągi kanalizacyjne to jest inwestycją z zakresu gospodarki ściekowej. Zgodzić należy się jednakże z Zamawiającym, że opinia wydana przez dr inż. Michała Mańczaka z Instytutu Inżynierii Ochrony Środowiska Politechniki Wrocławskiej nie jest dla Zamawiającego wiążąca. Zaś pismo z Urzędu Miasta Jelenia Góra należy uznać za spóźnione, jeżeli bowiem Odwołujący się miał jakiegokolwiek wątpliwości, czy treść uzupełnionych CV przesądza o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, chociażby z ostrożności procesowej mógł dołączyć je na etapie uzupełnień.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, p. Adam Rak spełnia wymagania dotyczące Eksperta ds. Technicznych, zatem potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, co przesądza również o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 4464,14 zł.

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*