

WYROK
z dnia 3 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.10.2011 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zajac, Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Wyszyńskiego 26/1A, 58-320 Walim, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A, 58-200 Dzierżoniów.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zajac, Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Wyszyńskiego 26/1A, 58-320 Walim, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zajac, Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Wyszyńskiego 26/1A, 58-320 Walim, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwolującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zając, Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Wyszyńskiego 26/1A, 58-320 Walim, na rzecz **Zamawiającego** - Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A, 58-200 Dzierżoniów, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi i Kanalizacja sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A; 59-200 Dzierżonów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie pn. „Rozdział kanalizacji sanitarnej w Bielawie” wchodzącej w zakres projektu pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki wodno ściekowej na terenie gmin powiatu Dzierżoniowskiego - Etap I”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 108-178085.

Dnia 14 października 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zając oraz Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., ul. Wyszyńskiego 26/1A; 58-320 Walim.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Krzysztof Zając, który w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zając oraz Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., ul. Wyszyńskiego 26/1A; 58-320 Walim (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 21 października 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności podjętej przez Zamawiającego oraz zaniechania dokonania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż składając ofertę oraz dokonując na żądanie Zamawiającego stosownych uzupełnień wykazał realizację trzech zadań obejmujących budowę sieci

kanalizacji grawitacyjnej, z czego tylko jedno wzbudziło wątpliwości zamawiającego. Bezzasadnie Zamawiający uznał, iż załączona do oferty referencja firmy EKO-WOD Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2011 r. oraz uzupełnienie do tego dokumentu z dnia 11 lipca 2011 r. nie potwierdza realizacji zadania obejmującego budowę min. 500 m sieci kanalizacji grawitacyjnej. Zdaniem Odwołującego z niewiadomych przyczyn Zamawiający przyjął, iż za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu uznać może jedynie wykonanie sieci grawitacyjnej kanalizacji sanitarnej, wyłączając z treści dokumentów realizację blisko 400 m sieci grawitacyjnej kanalizacji deszczowej. Mimo więc, iż w ramach realizacji jednego zadania pod nazwą „*Budowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w rejonie ulic Brzeźnej, Tkackiej, W. Witosa, Szpakowej i Kruczej w Bielawie*” Odwołujący wykonał blisko 800 m sieci kanalizacji grawitacyjnej (bez przyłączy) w ocenie Zamawiającego nie potwierdziło to spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego budzi u Odwołującego tym większe zdziwienie, że zakres rzeczowy przedmiotowego zamówienia, jak sama nazwa wskazuje, obejmuje zarówno budowę grawitacyjnej sieci kanalizacji sanitarnej jak i grawitacyjnej sieci kanalizacji deszczowej. W świetle powyższego, podjęte przez Zamawiającego decyzje nie znajdują uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Dokonana przez Zamawiającego swoista „interpretacja” opisu warunków udziału w postępowaniu, które sam ustanowił, stanowi rażące naruszenie obowiązujących w tym względzie przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający w sposób niedopuszczalny i niezrozumiały ograniczył krąg podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a co więcej - dokonał tego na etapie badania i oceny ofert. Jeżeli nawet przyjąć, że uprawnione są wątpliwości Zamawiającego, co do tego, jak rozumieć należy zapis „kanalizacja grawitacyjna”, jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej, wszelkie niejasności i wątpliwości w zakresie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu rozstrzygać należy na korzyść wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 20 października 2011 r.

Zamawiający, kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 21 października 2011 roku.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający, pismem z dnia 28 października 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, iż zarzuty stawiane przez Odwołującego są niezasadne.

Zamawiający w punkcie 6 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, w którym wskazał, iż przedmiotowy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawcy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali przynajmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie sieci kanalizacji grawitacyjnej z czego przynajmniej jedna wybudowana sieć kanalizacyjna była o długości co najmniej 0,5 km (bez przyłączy).

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć wraz z ofertą wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący do swojej oferty, na stronie 40 załączył rzeczony wykaz, w którym wskazał, iż w okresie ostatnich 5 lat wykonał:

- 1) budowę infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w rejonie ulic: Brzeżnej, Tkackiej, Witosa, Szpakowej i Kruczej w Bielawie (kanalizacja sanitarna 539 m, sieć wodociągowa 1810 m, kanalizacja deszczowa 228 m), gdzie Zamawiającym było Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy,
- 2) przebudowę rewaloryzacyjno-remontową obiektów budowlanych i przestrzeni publicznych rynku i ul. Łukowej w Świdnicy (kanalizacja sanitarna 473,8 m), gdzie Zamawiającym był Urząd Miejski w Świdnicy,

3) modernizację drogi gminnej łączącej ul. Piastowską z ul. Cmentarną w Jedlinie Zdrój (kanalizacja deszczowa 191,91 m), gdzie Zamawiający, był Urząd Miasta Jedlina Zdrój.

Istotnym dla rozstrzygnięcia czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu jest robota wykazana w poz. 1 wykazu, tj. robota wykonana dla spółki „EKO-WOD” i w tym zakresie Izba ograniczy swoje uzasadnienie.

Do przedmiotowego wykazu (poz. 1) Odwołujący załączył referencje z dnia 1 lipca 2011 roku wystawione przez spółkę „EKO-WOD”, w której zaświadczone, iż Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Krzysztof Zając z siedzibą w Walimiu było wykonawcą zadania „Budowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w rejonie ulic Brzeżnej, Tkackiej, Witosa, Szpakowej i Kruczej w Bielawie. Pracy wykonywane były w terminie od 17 maja 2010 r. do 26 lipca 2010 r. na kwotę brutto 772 318,09 zł. Ponadto wystawca referencji oświadczył, że zadanie wykonane było z należytą starannością i rzetelnością.

Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2011 roku wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia brakujących dokumentów lub złożenia wyjaśnień stwierdzając, że ze złożonych dokumentów i oświadczeń nie wynika, czy wykonawca posiada stosowne doświadczenie, opisane w pkt 6 ppkt 2 s.i.w.z.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 31 sierpnia 2011 roku złożył, m.in. dokument z dnia 11 lipca 2011 roku, stanowiący uzupełnienie referencji z dnia 1 lipca 2011 roku, gdzie został wskazany szczegółowy zakres wykonanych prac w ramach zadania wskazanego w poz. 1 wykazu.

Zamawiający pismem z dnia 4 października 2011 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż Zamawiający stwierdził rozbieżności w treści informacji zawartych w wykazie wykonanych robót w powiązaniu z załącznikiem do referencji przedstawionym Zamawiającemu w wyniku uzupełnienia dokumentów z dnia 31 sierpnia 2011 r. Zamawiający zażądał jednoznacznego określenia, które długości należy brać pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący wskazał, iż przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia należy brać pod uwagę uzupełnienie referencji z dnia 11 lipca 2011 roku.

Zważyć należy, że z treści załączonych przez Odwołującego dokumentów nie wynika, że Odwołujący wykonał przynajmniej jedną sieć kanalizacyjną o długości co najmniej 0,5 km (bez przyłączy). Odwołujący potwierdził „uzupełnieniem referencji” tylko i wyłącznie wykonanie 475,40 mb kanalizacji grawitacyjnej sanitarnej oraz 419,00 mb kanalizacji grawitacyjnej deszczowej. Odwołujący wykonał ww. dwie sieci w ramach jednego zadania, jednej umowy, ale zdaniem Izby nie jest to jedna sieć kanalizacji grawitacyjnej, którą to robotą budowlaną wykonawca miał się wykazać, by uznać warunek udziału w postępowaniu

za spełniony. Zdaniem Izby są to dwie różne sieci kanalizacyjne o długościach, które nie spełniają warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie nałożył ograniczenia, co do rodzaju sieci ze względu na rodzaj odprowadzanych ścieków, a jedynie, co do jej długości oraz tego, żeby sieć była siecią grawitacyjną. W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego - dotyczący doświadczenia był jednoznaczny i precyzyjny, natomiast wykaz wykonanych robót budowlanych załączony do oferty Odwołującego (strona 40 oferty) nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: