

Sygn. akt: KIO 1887/11

WYROK
z dnia 14 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2011 r. przez wykonawcę **Ekosystem Zielona Góra Sp. z o.o., ul. Kożuchowska 20c, 65-364 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A, 58-200 Dzierżoniów**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu, dokonanie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A, 58-200 Dzierżoniów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Ekosystem Zielona Góra Sp. z o.o., ul. Kożuchowska 20c, 65-364 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A, 58-200 Dzierżoniów** na rzecz **Ekosystem Zielona Góra Sp. z o.o., ul. Kożuchowska 20c, 65-364 Zielona Góra** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Spółka z o.o., ul. Kilińskiego 25a; 58-200 Dzierżonów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach przedsięwzięcia pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gmin powiatu dzierżoniowskiego - etap I”, przewidzianego do realizacji w ramach Funduszu Spójności*”, 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 31 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 104-170656.

Dnia 23 sierpnia 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę Biuro Inwestorskie Janusz Rybka, ul. Podwale 17b/1a; 50-043 Wrocław.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca EKOSYSTEM Zielona Góra sp. z o.o., ul. Kożuchowska 20c; 65-364 Zielona Góra (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 2 września 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.2 tiret drugi, pkt 5.2 tiret trzeci, pkt 5.2 tiret czwarty Instrukcji dla wykonawców, stanowiącą część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie, z którymi wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, jeśli świadczył (zakończył):

a) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę stacji uzdatniania wody o przepustowości, co najmniej $Q_{\text{śrd}} = 800 \text{ m}^3/\text{dobę}$, oraz

b) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci kanalizacyjnej o długości minimum 5 km, oraz

c) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci wodociągowej o długości minimum 2 km, a tym samym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W wyniku sprzecznego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji w ten sposób, że uniemożliwił uzyskanie zamówienia publicznego temu z wykonawców, który spełnił wymogi Zamawiającego, co do wymaganej wiedzy i doświadczenia, a wybrał ofertę wykonawcy, który tych wymogów nie wypełnił, a tym samym naruszył również przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty wybranego wykonawcy, który winien być z postępowania wykluczony, a nie dokonał wyboru oferty Odwołującego, która winna być oceniona, jako oferta najkorzystniejsza, a która otrzymała w kolejności najwyższą liczbę punktów w trakcie czynności oceny i wyboru ofert.

Zarzucając powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wybranego wykonawcy,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy,
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 6) obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami postępowania według norm przepisanych,
- 7) przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 1 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 2 września 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 7 września 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Biuro Inwestorskie Janusz Rybka, ul. Podwale 17b/1a; 50-043 Wrocław.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie 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.

Zamawiający w rozdziale 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) wskazał, iż wykonawca będzie spełniał warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, świadczył (zakończył):

- a) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera/Kontraktu/Inwestora Zastępczego na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości, co najmniej $Q_{\text{srđ}} = 1\ 500\ \text{m}^3/\text{dobę}$, oraz
- b) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę stacji uzdatniania wody o przepustowości, co najmniej $Q_{\text{srđ}} = 800\ \text{m}^3/\text{dobę}$, oraz
- c) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci kanalizacyjnej o długości minimum 5 km, oraz
- d) co najmniej jedną usługę związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci wodociągowej o długości minimum 2 km.

W celu wykazania spełniania przez wykonawcę w/w warunku Zamawiający żądał dostarczenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca Biuro Inwestorskie Janusz Rybka, ul. Podwale 17b/1a; 50-043 Wrocław, do złożonej oferty załączył (strona 6 oferty) wykaz wykonanych usług, z którego wynika, iż wykonawca ten:

- 1) dla usługi związanej z pełnieniem funkcji Inżyniera/Inżyniera Kontraktu/ Inwestora Zastępczego na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości, co najmniej $Q_{\text{śrd}} = 1\,500\text{ m}^3/\text{dobę}$:
 - a) pełnił usługi Inżyniera Kontraktu dla kontraktu na roboty: Przebudowa/rozbudowa oczyszczalni ścieków w Kątach Wrocławskich – przepustowość $2\,000\text{ m}^3/\text{d}$ – data zakończenia 9.11.2010 r., odbiorca – Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., Kąty Wrocławskie,
 - b) pełnił funkcję Koordynatora na robotach budowlanych – budowa oczyszczalni ścieków w Sycowie – wydajność $Q_{\text{dśr}} = 1\,680\text{ m}^3/\text{d}$, data zakończenia 14.05.2010 r., odbiorca – Gmina Syców,
- 2) dla usługi związanej z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę stacji uzdatniania wody o przepustowości, co najmniej $Q_{\text{śrd}} = 800\text{ m}^3/\text{dobę}$:
 - a) pełnił usługi Inżyniera Kontraktu dla kontraktu na roboty: budowa stacji uzdatniania wody w Grębaninie – przepustowość około $Q_{\text{maxd}} = 1\,200\text{ m}^3/\text{d}$, data zakończenia 28.10.2010 r., odbiorca – Wodociągi Kępińskie sp. z o.o., Kępno,
- 3) dla usługi związanej z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci kanalizacyjnej o długości minimum 5 km:
 - a) pełnił usługi Inżyniera Kontraktu dla kontraktu na roboty: budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Mianowice i Olszowa – ok. 12 km, data zakończenia 29.04.2011 r., odbiorca – Wodociągi Kępińskie sp. z o.o., Kępno,
- 4) dla usługi związanej z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci wodociągowej o długości minimum 2 km:
 - a) pełnił usługi Inżyniera Kontraktu dla kontraktu na roboty: budowa sieci wodociągowej we Wrocławiu, Strachocin – ok. 4,5 km, data zakończenia 12.10.2010 r., odbiorca – ECM Group Polska sp. z o.o., Warszawa.

Na potwierdzenie, iż w/w usługi zostały wykonane należycie wykonawca załączył do oferty dokumenty: Świadectwo Przejęcia Robót z dnia 9.11.2010 r., Protokół zamknięcia czynności odbiorowych Komisji Odbioru Końcowego „Modernizacja oczyszczalni ścieków w Kątach Wrocławskich” z dnia 9.11.2010 r., Świadectwo Przejęcia Robót z dnia 11.06.2010 r.,

Protokół odbioru końcowego z dnia 10.06.2010 r., Protokół w sprawie odbioru końcowego i przekazania do użytkowania inwestycji z dnia 4.11.2010 r., Referencje z dnia 16.03.2011 r., Protokół w sprawie odbioru końcowego i przekazania do użytkowania inwestycji z dnia 23.05.2011 r. (strony od 7 do 25 oferty).

Zamawiający, pismem z dnia 27 lipca 2011 roku wezwał wykonawcę Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że usługi wymienione w „Wykazie wykonanych usług” (za wyjątkiem usługi Inżyniera Kontraktu dla kontraktu na roboty: budowa sieci wodociągowej we Wrocławiu, Strachocin – ok. 4,5 km, data zakończenia 12.10.2010 r., odbiorca – ECM Group Polska sp. z o.o., Warszawa) zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na w/w wezwanie wykonawca Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu, pismem z dnia 28 lipca 2011 roku uzupełnił dokumenty składając:

- 1) List referencyjny z dnia 27 września 2010 r. wystawiony przez Gminę Syców dla kontraktu „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Sycowie”,
- 2) dokument „Referencje” z dnia 28 lipca 2011 r., wystawiony przez Wodociągi Kemińskie sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie dla kontraktu „Przebudowa z rozbudową stacji uzdatniania wody w Grębaninie”,
- 3) dokument „Referencje” z dnia 28 lipca 2011 r., wystawiony przez Wodociągi Kemińskie sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie dla kontraktu „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Mianowice i Olszowa”.

Wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi dla kontraktu: „Przebudowa/rozbudowa oczyszczalni ścieków w Kątach Wrocławskich – przepustowość 2 000 m³/d” – data zakończenia 9.11.2010 r., odbiorca – Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., Kąty Wrocławskie.

L

Odnosnie pierwszego z zarzutów Odwołujący, składając przedmiotowe odwołanie, zarzucił Zamawiającemu dokonanie niewłaściwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu wskazując, iż analiza przedłożonych przez wybranego wykonawcę referencji, wystawionych przez ECM Group (dotyczących pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu na budowie sieci wodociągowej Wrocław - Strachocin) wskazane w „Wykazie wykonanych usług” pod poz. 4 (jako pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu na budowie sieci wodociągowej o długości ok. 4,5 km) nie potwierdzają minimalnego wymogu Zamawiającego. Z przedłożonych referencji wynika bowiem, że sprawowany był nadzór nad budową, przebudową, rozbudową sieci wodociągowej o łącznej długości 767,9 m (649,2 m na Zadaniu A1/I i 118,7 m na Zadaniu A1/II). Pozostałe nadzorowane roboty na rurociągach służących do transportu wody to renowacja wodociągów oraz przebudowa istniejących

przyłączy wodociągowych, wymiana istniejących przyłączy wodociągowych, przepięcie istniejących przyłączy wodociągowych i budowa przyłączy wodociągowych.

Zdaniem Odwołującego renowacji sieci wodociągowej na osiedlach Strachocin i Wojnów nie można zaliczyć w zakres budowy sieci wodociągowej - renowacja nie jest ani budową, ani przebudową ani rozbudową sieci. Budowy, przebudowy i wymiany przyłączy wodociągowych na osiedlach Strachocin i Wojnów także nie można zaliczyć w zakres budowy sieci wodociągowej, ponieważ, mając na uwadze zarówno definicję przyłącza, jak i względy praktyczne, są one odrębnymi elementami technicznymi, niewchodzącymi w skład sieci wodociągowej.

Na potwierdzenie powyższych zarzutów Odwołujący przedstawił dowody w postaci wydruków informacji ze strony <http://www.mpwik.wroc.pl>, zakładka: strona główna/projekty unijne/Zadanie A1/I zakłada: strona główna/projekty unijne/Zadanie A1/II.

W zakresie powyższego zarzutu Zamawiający wskazał, iż w zakresie renowacji w opisie zawartym w referencji faktycznie wykonywano przebudowę, na dowód czego przedłożył decyzję nr 197/2005 z dnia 21 września 2005 r. wydaną przez Prezydenta Wrocławia, w szczególności wskazał na pkt 4, w którego opisie, zdaniem Zamawiającego zawierała się również renowacja.

Odnosnie przyłącza wskazał, że w zależności od tego, jaką należałoby przyjąć definicję - czy to z Prawa budowlanego, czy też ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, z całą pewnością przyłączy jest elementem sieci wodociągowej, tym samym potwierdzenie wykonania usługi dla tego elementu należy traktować, jako potwierdzenie spełnienia warunku. Zwrócił uwagę, że umowa zgłoszona, jako dowód w sprawie przez Odwołującego w zakresie poszczególnych zadań nie została zawarta w oparciu o procedurę FIDIC, jak i cały projekt nie był realizowany w oparciu o procedurę FIDIC, zastosowanie miały wyłącznie przepisy Prawa budowlanego.

II.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie niewłaściwej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu wskazując, iż przedłożone przez wybranego wykonawcę referencje (na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakujących dokumentów z dnia 27.07.2011 r.), wystawione przez Wodociągi Kępińskie Sp. z o.o. dnia 28.07.2011 r., dotyczące:

- 1) pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu na przebudowie z rozbudową stacji uzdatniania wody w Grębaninie wskazane w „Wykazie wykonanych usług” pod poz. 2, oraz

2) pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu na budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Mianowicie i Olszowa wskazane w „Wykazie wykonanych usług” pod poz. 3,

w rzeczywistości nie są samodzielnymi usługami, ponieważ realizowane były w ramach jednej, nie zakończonej jeszcze usługi (jednej umowy) polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Projektu p.n.: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej aglomeracji Kępno” i dotyczą jedynie zadania 2 i 4 w ramach usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy tym projekcie, na którą to usługę składa się wykonanie aż 9 zadań.

Zdaniem Odwołującego, referencje potwierdzają więc wykonanie tylko części usługi - Inżynier zakończył nadzory na wskazanych dwóch kontraktach na roboty, ale nie zakończył realizacji całej zamówionej (w ramach zamówienia publicznego) usługi, która obejmuje pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji całego Projektu, w skład którego wchodzi 9 kontraktów na roboty.

Na potwierdzenie powyższych zarzutów Odwołujący przedstawił dowody w postaci wydruku ogłoszenia o zamówieniu Kępno: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Projektu p.n.: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej aglomeracji Kępno” Numer ogłoszenia: 181464 - 2009; data zamieszczenia: 05.06.2009 r. oraz umowę z dnia 25 czerwca 2009 roku.

W zakresie powyższego zarzutu Zamawiający wskazał, iż nie można utożsamiać wykonania całego projektu, w skład którego wchodzi poszczególne zadania, jako warunku, który mógłby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż każde z zadań stanowiło odrębną inwestycję, co do której przysługiwało wykonawcy odrębne wynagrodzenie. Ponadto każde zadanie inwestycyjne stanowiło zamknięty przedmiot danego zadania, usługi w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, tym samym nie było podstaw do uznania, iż wykonawca nie posiada stosownego doświadczenia opisanego w s.i.w.z. Zamawiający wskazał, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek przedłożenia stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków zamówienia i w oparciu o te dokumenty Zamawiający dokonał oceny spełnienia przedmiotowego warunku. Brak było podstaw do żądania innych dokumentów, niż te określone w specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzuty Odwołującego są zasadne.

W zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia:

1) pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu na przebudowie z rozbudową stacji uzdatniania wody w Grębaninie wskazane w „Wykazie wykonanych usług” pod poz. 2,

oraz

- 2) pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu na budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Mianowicie i Olszowa wskazane w „Wykazie wykonanych usług” pod poz. 3,

Izba stwierdziła, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW), gdyż zgodnie z powyższym wykonawcy mieli obowiązek wykazać się doświadczeniem w na usługach świadczonych – zakończonych.

Jak wynika z dowodu przedłożonego przez Odwołującego – umowy z dnia 25 czerwca 2009 roku, wykonawca Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu jest stroną umowy zawartej z Wodociągami Kępińskimi sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie, której przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej aglomeracji Kępno”. W skład przedmiotowego zamówienia wchodzi usługa, przypisana Inżynierowi Kontraktu, obejmująca 9 zadań (§ 2 umowy).

Zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy *tytułem wynagrodzenia wykonawcy Zamawiający dokona jednorazowej płatności czwartej części wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia wykonawcy należnego za zadanie, co nastąpi po rozliczeniu niniejszej umowy* (§ 3 ust. 5 pkt 4 umowy), co oznacza, iż ostateczne wynagrodzenie zostanie skonsumowane po zrealizowaniu wszystkich 9 zadań – całości zamówienia.

Powyższe oznacza jednoznacznie, iż całe zamówienie (kompleksowa usługa Inżyniera Kontraktu) obejmuje prawidłowe wykonanie wszystkich 9 zadań.

W powyższym zakresie, zdaniem Izby, nie jest możliwe legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu pojedynczego zadania, jak dla całości usługi, czemu wyraz dał Zamawiający zarówno w s.i.w.z. (IDW), jak i w odpowiedzi Nr 3 na pytania wykonawców z dnia 1 lipca 2011 roku (L.dz. JRP-20.2.2.3-3/11-12), gdzie Zamawiający wskazał, że *„Zakończenie usług Inżyniera Kontraktu następuje wraz z zatwierdzeniem przez Zamawiającego Raportu Końcowego dla Umowy”*. Tym samym, biorąc pod uwagę treść umowy z dnia 25 czerwca 2009 roku, a w szczególności postanowienia § 5 ust. 1 *„Wykonawca zobowiązany jest przygotować i dostarczyć Zamawiającemu Raport Wstępny. Raporty kwartalne z postępu Kontraktów i ze stanu realizacji Umowy, Raport Końcowy z wykonania Kontraktu, Raport z okresu zgłaszania wad i Raport końcowy dla umowy.”*, § 9 ust. 1pkt 1 ppkt a, gdzie Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia siły wyższej, a maksymalny termin zakończenia umowy będzie równy okresowi przerwy w świadczeniu usługi, jak i treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w postępowaniu w wyniku, którego omawiana umowa została zawarta, w szczególności

postanowienia punktu 6 (str. 20), w której zostało określone, iż „Raport końcowy dla umowy zostanie przedłożony Zamawiającemu do 30 dnia od dnia zakończenia Okresu Zgłaszania Wad dla Kontraktu, który kończy się później. Raport będzie zawierał dokładną informację na temat stanu realizacji usługi nadzoru dla Kontraktów (...). Raport końcowy dla umowy będzie przez Zamawiającego przyjęty Protokołem Odbioru na zasadach określonych w Umowie.”, przedmiotowe zamówienie (opisane w umowie z dnia 25 czerwca 2009 roku) należy traktować, jako jedną usługę Inżyniera Kontraktu, na którą składa się wykonanie (zakończenie) wszystkich 9 zadań.

Przytoczone powyżej okoliczności jednoznacznie wskazują na charakter, jak i zakres umowy, które w odniesieniu do warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu opisanych przez Zamawiającego w s.i.w.z. (IDW) statuują obowiązek Zamawiającego, wynikający w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Biuro Inwestorskie Janusz Rybka z siedzibą we Wrocławiu, jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na gruncie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, usługa musi być utożsamiana z umową (zamówieniem), o czym przesądza treść przepisu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez zamówienie należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane oraz przepisu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym usługami są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Zestawienie tych przepisów przesądza o tym, że jedna usługa jest jednym świadczeniem, ustalonym na podstawie jednej umowy (zamówienia publicznego). Skoro usługa jest traktowana, jako świadczenie, to znaczy, że z jednej umowy może wynikać tylko jedno świadczenie (usługa). Zgodnie bowiem z art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego zobowiązanie (w tym zobowiązanie umowne) polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Jak stwierdza w komentarzu do tego przepisu A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, LEX, 2010 „Przedmiotem zobowiązania jest świadczenie, a więc zgodne z treścią zobowiązania zachowanie dłużnika, realizujące interes wierzyciela. Zgodnie z przepisem art. 353 § 2 k.c. świadczenie dłużnika może polegać na działaniu (np. przeniesienie własności rzeczy, wykonanie usługi) lub zaniechaniu (powstrzymaniu się od zabudowy oznaczonej nieruchomości, niepodejmowaniu działalności konkurencyjnej)”.

W przedmiotowej sprawie termin zakończenia realizacji tej usługi przewidziany jest przez Zamawiającego - Wodociągi Kępińskie Sp. z o.o. na 31 grudnia 2013 roku i dopiero wówczas, po realizacji nadzorów nad wszystkimi dziewięcioma kontraktami na roboty,

można będzie uznać za zakończoną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej aglomeracji Kępno”.

Jedynie, jako poboczny argument wskazujący na słuszność zarzutu stawianego przez Odwołującego, Izba wskazuje, iż w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego – Wodociągi Kępińskie sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie, ogłoszenie Nr 181464-2009 z dnia 5 czerwca 2009 roku, Zamawiający określił jedną kwotę wadium dla całego postępowania w wysokości 15 000,00 zł, co wskazuje, iż dane postępowanie należy traktować jako jedną całość, bez podziału na części, choć w skład całego zamówienia wchodzi usługa Inżyniera Kontraktu dla 9 zadań, jednakże zadań traktowanych jako pojedyncze elementy składowe całej usługi.

W zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia w związku z wykazaną usługą związaną z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu na inwestycji obejmującej budowę/przebudowę/rozbudowę sieci wodociągowej o długości minimum 2 km, Izba stwierdziła zarzut Odwołującego za zasadny.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 i pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623) przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, a przez przebudowę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy budowie/przebudowie/rozbudowie sieci wodociągowej, co oznacza, iż brak podstaw do przyjęcia, że warunek ten jest spełniony poprzez wykazanie pełnienia takiej funkcji przy renowacji wodociągów. Słowo „renowacja” nie występuje w definicjach Prawa budowlanego, jednak zważywszy na pochodzenie tego wyrazu (z łac. *Renovatio* - odnawiać), oznacza ono odnawianie, odtwarzanie, naprawę, a więc w istocie remont, który jest zdefiniowany w art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego odrębnie zdefiniowany, jako wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji.

Z powyższego wynika, że pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy renowacji (remoncie) sieci wodociągowej nie może być uznane za wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wg. warunku opisanego przez Zamawiającego, tj. pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy budowie/przebudowie/rozbudowie sieci wodociągowej.

Odnosnie wskazanej, w referencjach wystawionych przez ECM Group Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, usługi w pełnieniu funkcji Inżyniera Rezydenta dla budowy, przebudowy i wymiany przyłączy wodociągowych na osiedlach Strachocin i Wojnów, Izba stwierdziła, że nie można tej usługi zaliczyć w zakres doświadczenia dotyczącego budowy sieci wodociągowej, ponieważ, ani definicyjnie, ani w praktyce przyłącza wodociągowe nie są elementami sieci wodociągowej.

Sieć wodociągowa, stosownie do art. 3 pkt 3a Prawa budowlanego, jest tzw. obiektem liniowym - obiektem budowlanym. Tymczasem przyłącze nie może być uznane za sieć wodociągową, ponieważ jest ono zdefiniowane odrębnie w art. 3 pkt 9 Prawa budowlanego, gdzie stanowi się, że przyłącze, jest urządzeniem budowlanym (a nie obiektem budowlanym), jedynie związanym z obiektem budowlanym, a więc będącym przedmiotem od tego obiektu odrębnym. Przyłącze wodociągowe nie jest więc siecią wodociągową i nie można przebudowy, przełączenia czy budowy przyłączy uwzględniać do wyliczenia minimalnej długości sieci, którą określił Zamawiający dla wykazania, że wykonawca będzie dysponował odpowiednią wiedzą i doświadczeniem dla wykonania zamówienia publicznego.

Z referencji wystawionych przez ECM Group Polska sp. z o.o. wynika, że wykonawca Biuro Inwestorskie Janusz Rybka sprawował nadzór nad budową, przebudową, rozbudową sieci wodociągowej o łącznej długości 767,9 m (649,2 m na Zadaniu A1/I i 118,7 m na Zadaniu A1/II). Pozostałe nadzorowane roboty na rurociągach służących do transportu wody to renowacja wodociągów oraz przebudowa istniejących przyłączy wodociągowych, wymiana istniejących przyłączy wodociągowych, przełączenie istniejących przyłączy wodociągowych i budowa przyłączy wodociągowych.

Tym samym, w ocenie Izby wykonawca Biuro Inwestorskie Janusz Rybka nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co oznacza, iż Zamawiający na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp winien tego wykonawcę wykluczyć z przedmiotowego postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do nakazywania Zamawiającemu wezwania wykonawcy Biuro Inwestorskie Janusz Rybka do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż omawiane wezwanie było już do wykonawcy kierowane, a zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, to do swobodnego uznania wykonawcy pozostawał wybór, czy dokumenty podmiotowe, w powyższym zakresie należało wyjaśnić czy uzupełnić (wezwanie Zamawiającego wskazywało podstawę z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp).

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 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 lit. b) 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 Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: