

WYROK

z dnia 27 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2013 r. przez **Impex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 98-100 Łask, ul. Kolejowa 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dobroń, 95-082 Dobroń, ul. 11 Listopada 9,**

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2) kosztami postępowania obciąża Gminę Dobroń, 95-082 Dobroń, ul. 11 Listopada 9 i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 98-100 Łask, ul. Kolejowa 12 tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od Gminy Dobroń, 95-082 Dobroń, ul. 11 Listopada 9 na rzecz wykonawcy Impex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 98-100 Łask, ul. Kolejowa 12 kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Dobroń - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *Budowa kanalizacji sanitarnej z odejściami poza pas jezdni w miejscowości Chechło Drugie w ulicach: Zwycięstwa, Ogrodowej, Zielonej, Brzozowej i Przejazdowej - etap III kanalizacji gminy, zadanie 7* (nazwa nadana zamówieniu przez zamawiającego: *Budowa kanalizacji sanitarnej z odejściami poza pas jezdni w miejscowości Chechło Drugie - Etap III kanalizacji gminy*; rodzaj zamówienia: roboty budowlane.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 53004 - 2013.

Odwołujący - Impex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, w szczególności:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy jako wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - polegające na niejasnym i nieprecyzyjnym określeniu przez zamawiającego warunków, co do wiedzy i doświadczenia, a następnie dowolną nieuprawnioną krzywdzącą dla wykonawcy ocenę spełniania tego warunku,
- 3) art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty firmy Kaźmierczak Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Inżynierskich w sytuacji, gdy wybrana oferta była mniej korzystna od oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zamawiający dokonał

wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta była mniej korzystna, tj. z wyższą ceną. Gdyby zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania, wówczas z uwagi na wyłączne kryterium ceny, powinien dokonać wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej cenowo.

W zakresie wniosków dowodowych odwołujący wniósł o: dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, jak niżej.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w skrócie „SIWZ”, jedynym kryterium wyboru ofert była cena. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt 6.1.2. SIWZ warunek ten polegał na wykazaniu, że wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował, *co najmniej 2 zadania odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia*. Zgodnie z treścią pkt 7.1.e. SIWZ w celu potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazania braku podstaw do wykluczenia, zamawiający żądał załączenia do oferty *wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat licząc od dnia złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Co najmniej 2 zadania budowlane odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia - z wykorzystaniem wzoru zał. nr 3 do SIWZ*. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ wykaz powinien zawierać, *co najmniej 2 zadania budowlane w zakresie budowy przedmiotu zamówienia (budowa, przebudowa sieci kanalizacyjnych)*. Zamawiający zażądał także zgodnie z punktem 7.1.i. SIWZ wykazu podwykonawców przewidzianych do wykonania zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 652.506,73 zł brutto. Na potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący załączył do oferty wykaz robót budowlanych, w którym wskazał:

- 1) budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w ulicy Słowiańskiej w

Łagiewnikach - droga krajowa 39 dla Gminy Łagiewniki. Zakres rzeczowy został określony jako: budowa odcinka kanalizacji sanitarnej z rur PCV DN 200 o dł. 1258,71 mb, budowa odcinka kanalizacji z rur PCV DN 160 o dł. 196,84 mb, wykonanie studni rewizyjnych o średnicy 1000 mm - 33 szt. i wykonanie studni rewizyjnych o średnicy 400 mm - 36 szt. Wartość zadania została określona na 1.526.922,32 zł brutto. Okres realizacji został określony od 10.08.2010 r. do 30.11.2010 r.,

2) budowę kanalizacji sanitarnej i rozbudowę oczyszczalni ścieków w miejscowości Kluki dla Gminy Kluki. Zakres rzeczowy został określony, jako: rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków o 1 reaktor, budowa studzienki do lokalizacji dmuchaw, budowa linii NN zasilającej oczyszczalnię, kanał grawitacyjny o długości 2274 mb, przyłącza w ilości 126 szt., przepompownia ścieków, kanał tłoczny (ciśnieniowy) o długości 915 mb, naprawa nawierzchni asfaltowych z tłoczni kamiennego, ogrodzenia i droga dojazdowa do oczyszczalni. Wartość zadania została określona na 1.461.082,12 zł brutto. Okres realizacji zadania został określony od 24.09.2009 r. do 31.08.2010 r.

Odwołujący załączył do oferty referencje potwierdzające prawidłowe wykonanie zadań podanych w wykazie. Wskazał w ofercie, że zamówienie zamierza zrealizować sam, a także w formularzu ofertowym zaznaczył, że nie będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu osób trzecich.

W dniu 28 lutego 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że z przedstawionego wykazu i referencji wynika, iż tylko robota wykazana w poz. 2 spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podniósł, że robota wykazana w poz. 1 o długości łącznej 1455,55 mb nie spełnia wymogów SIWZ, bo zakres rzeczowy zamówienia to sieć kanalizacyjna o długości 1904,86 mb. Zamawiający poprosił wykonawcę o przedstawienie innego dokumentu potwierdzającego wykonanie drugiej roboty odpowiadającej zakresowi rzeczowemu przedmiotu zamówienia. Ponadto, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztorysu ofertowego.

We wskazanym terminie odwołujący pismem z dnia 1 marca 2013 r. wyjaśnił, że w zakresie wiedzy i doświadczenia przedkłada zmodyfikowany wykaz robót uzupełniony o pozycję 3. W pozycji tej odwołujący się wskazał zamówienie wykonane dla Gminy Żytno „Poprawa warunków życia mieszkańców gminy Żytno poprzez rozbudowę infrastruktury technicznej w zakresie gospodarki wodno-ściekowej.” Zakres zadania został określony, jako m.in. sieć wodociągowa z rur PCV śr. 160 mm - 3210 mb i sieć wodociągowa z rur PCV śr. 110 mm - 7006 mb. Termin wykonania zadania został określony od 2.12.2009 r. do 29.10.2010 r. Odwołujący wskazał, że zadanie zostało zrealizowane przez osobę

trzecią - Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A., która zobowiązuje się oddać swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przez cały okres wykonywania zamówienia. Odwołujący załączył do pisma referencje potwierdzające prawidłowe wykonanie zadania oraz zobowiązanie Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A. do oddania wykonawcy swoich zasobów. Odwołujący wskazał jednocześnie, że podmiot trzeci nie będzie uczestniczył fizycznie w realizacji zamówienia. Wykonawca wyjaśnił także wątpliwości zamawiającego dot. kosztorysu ofertowego.

W dniu 8 marca 2013 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. W zawiadomieniu wskazano, że najkorzystniejszą ofertę złożyła firma K..... Przedsiębiorstwo Robót instalacyjno- Inżynieryjnych proponując cenę 667.143,06 zł brutto, a zatem cenę o 13.423,46 zł wyższą od oferty odwołującego. Zamawiający zawiadomił jednocześnie odwołującego o wykluczeniu go z postępowania z uwagi na niewykazanie warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, że zadanie świadczone dla Gminy Łagiewniki nie odpowiadało zakresowi przedmiotu zamówienia z uwagi na zbyt krótką długość wykonanego kanału. Zamawiający wskazał także, że złożone dokumenty w odpowiedzi na wezwania, były niewystarczające dla uznania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, bo odwołujący powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, a zgodnie z ofertą oświadczył, że nie będzie korzystać z podwykonawców przy realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł.

W ocenie odwołującego wykluczenie z postępowania nastąpiło z rażącym naruszeniem Pzp, gdyż odwołujący w sposób dostateczny wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z treścią SIWZ wykonawca miał się wykazać wykonaniem dwóch zadań odpowiadających rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował jak rozumie to nieostre pojęcie. W ocenie odwołującego, rodzaj i zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia to wykonanie robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej i takie dwa zadania podał w wykazie wraz z referencjami. Twierdzenie zamawiającego, że przez zakres robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia miał na myśli długość kanalizacji jest jednostronną nieuprawnioną interpretacją oceny warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli zamawiający chciał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem kanalizacji o określonej długości, to mógł taki warunek sprecyzować w specyfikacji. Późniejsze niekorzystne dla wykonawców interpretacje są niedozwolone i naruszają zasadę jasności i przejrzystości procedur. Na poparcie powyższego stanowiska odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby

Odwoławczej: uchwałę z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 2/13, wyrok z dnia 17 stycznia 2012 r., KIO 33/12, wyrok z dnia 14.03.2012 r., KIO 411/12, wyrok z dnia 21 marca 2012 r., KIO 485/12.

Odwołujący podniósł, że w jednym z orzeczeń KIO wskazała, iż rodzaj zamówienia to nic innego, jak budowa lub remont. W wyroku z dnia 25 maja 2009 r. (KIO/UZP 630/09, LEX nr 508601) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „(...) zgodnie z zasadami systemu zamówień publicznych Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ogólnych postanowień, w tym także ogólnie sformułowanych warunków podmiotowych, a wymaganie wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia byłoby złamaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2007 r. sygn. akt: KIO/UZP 1422/07). (...) Skład orzekający Izby, dzieląc w pełni argumentację Wykonawcy, wskazuje również na przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), w szczególności art. 3 pkt 7 i 7a oraz art. 30 ust. 1, które to przepisy rozróżniają pojęcie rodzaju, zakresu i sposobu wykonywania robót budowlanych (podobnie w innych przepisach tej ustawy - art. 32 i art. 33 i przepisy wykonawcze w zakresie pozwolenia na budowę). Oznacza to, iż pod pojęciem rodzaju robót (a tak było sformułowane wymaganie) należy rozumieć budowę (rozbudowę, odbudowę, nadbudowę) lub remont (modernizację).”

Odwołujący stwierdził, że można na marginesie wskazać, że niektóre przepisy Prawa budowlanego odnoszą zakres robót do ilości tzw. osobodni (art. 42 ust. 3a ustawy).

Podsumowując tę część rozważań odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił warunek, co do wiedzy i doświadczenia posługując się pojęciem *odpowiadający rodzajowi i zakresowi robót stanowiących przedmiot zamówienia*, a w konsekwencji, jako wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji dowolnej interpretacji tego opisu przez zamawiającego, jako długości położonych rur kanalizacyjnych. W konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania było nieuprawnione.

Z ostrożności, na wypadek gdyby Izba nie podzieliła powyższej argumentacji, odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dodatkowych informacji wykazał zrealizowanie instalacji sanitarnej o długości, którą oszacował zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący przyznał, że powołał się w tym zakresie na doświadczenie podmiotu trzeciego, jednakże było to działanie uprawnione. Wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi

stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W ocenie odwołującego wszystkie powyższe warunki zostały spełnione.

Choć w formularzu ofertowym figurowała informacja, że wykonawca nie korzysta z zasobów osób trzecich dla wykazania warunków udziału w postępowaniu, to zdaniem odwołującego, nie oznacza to w żadnej mierze, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Prawdą jest, że wykonawca nie może zmienić formularza oferty, jednakże z powyższego nie można wysnuwać wniosku, że brak możliwości zmiany formularza oferty powoduje, że nie jest możliwym późniejsze skorzystanie z doświadczenia osoby trzeciej. Taki opis stoi w sprzeczności z treścią art. 26 ust. 3 Pzp, który dopuszcza możliwość uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w dowolny sposób. Ponadto odwołujący podniósł, że zawarcie we wzorze formularza ofertowego oświadczenia, czy wykonawca korzysta czy nie korzysta z zasobów osób trzecich nie jest dopuszczalne, bo nie wynika z żadnego przepisu Pzp. Zamawiający ma jedynie prawo żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (art. 36 ust. 4 Pzp). Wskazał, że nawet jednak i ta informacja ma charakter tylko informacyjny. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 1117/09) samo niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. niepodanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku, gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie Pzp, tj. nie jest sytuacją, na podstawie, której wykonawca może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. W tym wypadku nie zachodzi powyższa okoliczność, gdyż zgodnie z oświadczeniem podmiot trzeci nie będzie brał udziału w fizycznym realizowaniu zamówienia. Taka możliwość została potwierdzona m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2011 r. (KIO 2104/11): *Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę posługującego się zasobami podmiotu trzeciego w oparciu o wykaz części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom nie znajduje uzasadnienia. Oświadczenie o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy składane w trybie art. 36 ust. 4 p.z.p., składane jest w ofercie w innym celu, jako jej część i odnosi się do realizacji zamówienia, zaś oświadczenie*

składane na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci dotyczy spełniania tych warunków na zasadzie potencjalnych możliwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie realizacji zamówienia. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1265/10) wskazano, że: Oddanie wiedzy i doświadczenia może odbywać się tak przez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia przez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia przez konsultacje, czy doradztwo. Zasoby niezbędne do realizacji zamówienia to zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia, odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ. Dysponowanie nimi to potencjalna możliwość skorzystania z przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego na zasadzie użycia go do wykonania całości bądź części robót, jak też użycia know-how tego przedsiębiorstwa w sposób pośredni.

Podsumowując, odwołujący podał, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania, nastąpiła z rażącym naruszeniem Pzp. Spółka w sposób wystarczający wykazała spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jej wykluczenie było niedopuszczalne. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał, że min. postawił warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w brzmieniu: „Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali, co najmniej 2 zadania odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia”.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 12 ofert.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 904.000,00 zł.

Za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez wykonawcę K..... Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno- Inżynieryjnych z siedzibą w Kosowie, z ceną 667.143,06 zł.

Odwołujący przedstawił wykaz wykonanych robót, załącznik nr 3 wraz z referencjami, z których wynikało, że wybudował kanalizację o dł. 2274 mb - jedna robota oraz 1258,71 mb + 196,84 mb=1455,55 mb druga robota, a więc krótszej niż wynika to z Projektu Budowlanego na podstawie, którego będzie budowana kanalizacja w gminie Dobroń.

Zamawiający wezwał w dniu 28.02.2013 r. odwołującego do złożenia uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz do złożenia wyjaśnienia w zakresie kosztorysu ofertowego. Odwołujący złożył w dniu 04.03.2013 r. wyjaśnienie odnośnie błędów w kosztorysie ofertowym oraz uzupełnił dokumenty, z których wynika, że wykonanie inwestycji nastąpi z wykorzystaniem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A. w Piotrkowie Trybunalskim.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający podniósł, co następuje. Pierwszy zarzut sprowadza się do twierdzenia, że przyjęte przez zamawiającego kryteria nie są ostre, a zatem zamawiający dokonał nieuprawnionej interpretacji w toku oceny przedłożonej oferty.

Zarzut drugi dotyczy nieuwzględnienia przez zamawiającego uzupełnienia oferty dokonanej przez odwołującego, w zakresie spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, w sprawie rodzaju i zakresu robót.

W ocenie zamawiającego, pierwszy zarzut nie mógł być przedmiotem postępowania, ponieważ odwołanie wobec treści ogłoszenia mogło być wniesione w ciągu 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub SIWZ na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w rozpoznawanej sprawie termin ten upłynął w dniu 13.02.2013 r.

W sprawie drugiego zarzutu, odwołujący podniósł, że w złożonej ofercie odwołujący poinformował, że nie będzie korzystał z zasobów podmiotów osób trzecich, a informacja taka znalazła się dopiero w złożonym uzupełnieniu dokumentów.

Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie wyraża się pogląd, iż niespełnienie wymogów zamawiającego nie może być uzupełnione lub usunięte w drodze dodatkowych informacji udzielonych w tym trybie.

Wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 r., XII Ga 317/09, w którym podano, że: „Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 pzp) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków, a więc w rzeczywistości drogą podmiany tego środka, bądź też uznanie zaoferowanego środka nie spełniającego wymogu z projektu umowy jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, bowiem stanowiłoby to, w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 pzp) poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez

zamawiającego ofert i wpływające na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu” (LEX nr 564639).

Wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 czerwca 2004 r. UZP/ZO/0-876/04 - „1. Stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177) w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dołączenie dodatkowych dokumentów w związku z wyjaśnieniami treści złożonej oferty, jest niedopuszczalne. Uwzględniając powyższe dokumenty Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonałby modyfikacji treści złożonej oferty, czego zabrania w/w przepis. 2. Dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy wyłącznie uzupełniania dokumentów. Nie pozwala natomiast na składanie nowych dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków przez inne, nie wymienione w złożonej ofercie, osoby” (LEX nr 185753). W związku z powyższym, odwołujący wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, warunkujące wniesienie odwołania, złożył ofertę z najniższą ceną spośród 12 ofert złożonych w postępowaniu. Zatem, w przypadku skutecznego wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, zważywszy, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena o znaczeniu 100%.

Odwołanie dotyczy postępowania o wartości zamówienia, która ogranicza zakres odwołania do przypadków przedstawionych w art. 180 ust. 2 Pzp (wartość mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp), tj. w rozpoznawanej sprawie - wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą.

Zamieszczone w odwołaniu odniesienia do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego (upływ terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp na wniesienie odwołania), nie stanowiły przedmiotu rozpoznania odwoławczego. Odwołujący podkreślił na rozprawie, że nie kwestionuje wskazanego opisu, lecz sposób zastosowania opisu do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie zarzutu odnośnie oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób nieodpowiadający przepisom Pzp, wskazanym w odwołaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp).

W pkt 3.2) SIWZ - *Przewidywany zakres robót*: lit. a - d zamawiający opisał parametry sieci kanalizacyjnej, odejścia od sieci, przyłączy kanalizacyjnych - z rur PCV oraz przepompowni ścieków. Wskazał sieć kanalizacyjną z rur PCV, Ø 200 - dł. 1904,86 mb (lit. a).

W pkt 6.1.2 SIWZ zamawiający wymagał, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazania zrealizowania, *co najmniej 2 zadań odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia*.

W pkt. 6.5 SIWZ zamawiający opisał, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonywana na podstawie informacji zawartych w dokumentach i oświadczeniach określonych w pkt 7 SIWZ, złożonych przez wykonawcę, metodą warunku granicznego - spełnia/niespełnia.

W pkt 7.1 lit. e SIWZ zamawiający żądał w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, *załączenia do oferty (...) wykazu robót budowlanych (...) z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Co najmniej 2 zadania budowlane odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia - z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 3 do SIWZ* W załączniku nr 3 do SIWZ dodano do powyższego opisu, opis sformułowany następująco - *co najmniej 2 zadania budowlane w zakresie budowy przedmiotu zamówienia (budowa, przebudowa sieci kanalizacyjnych)*. W trzeciej kolumnie tabeli tego załącznika, stanowiącej wzór wykazu do zastosowania, zamawiający wskazał: *Zakres rzeczowy wykonanego zadania długość*.

W pkt 11. SIWZ - *Opis sposobu przygotowania ofert - art. 82 Pzp* i w pkt 11.2.1 SIWZ, zamawiający żądał załączenia do oferty formularza ofertowego, sporządzonego zgodnie z załącznikiem do SIWZ. W pkt 9 formularza o treści: *W realizacji przedmiotu zamówienia będziemy/nie będziemy* polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów (należy wskazać nazwę i adres podmiotu)....., w zakresie* - podano, że wypełniając tę część formularza wykonawcy powinni - ** niepotrzebne skreślić*.

W pkt 9 formularza ofertowego złożonego z ofertą, w treści: *W realizacji przedmiotu zamówienia **będziemy/ nie będziemy*** polegać na wiedzy i doświadczeniu*, odwołujący skreślił wyraz **będziemy**, pozostawiając, jako właściwy wyraz **nie będziemy**.

W dalszej części oferty odwołujący przedstawił w wykazie (załącznik nr 3 do SIWZ) 2 roboty budowlane, z których zamawiający uznał, że robota wykazana w poz. 1 - Budowa odcinka kanalizacji sanitarnej o dł. 1258,71 mb + 196,84 mb = 1455,55 mb, nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ z tego względu, że rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia - sieć kanalizacyjna wynosi 1904,86 mb (pismo zamawiającego z dnia 28.02.2013 r. - wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp).

W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 01.03.2013 r. z datą wpływu do zamawiającego - 04.03.2013 r.), odwołujący wskazał na potwierdzenie spełniania warunku trzecią robotę budowlaną, załączając również referencje i zobowiązanie Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A. w Piotrkowie Trybunalskim, jako zasobu udostępnionego odwołującemu przez inny podmiot.

Zamawiający nie uwzględnił wskazanej roboty budowlanej, podając w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 5 Pzp (pismo z dnia 08.03.2013 r.), że (...) *nie może uznać za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę, który posłużył się dla wykazania postawionego warunku potencjałem udostępnionym mu przez podmiot trzeci na podstawie regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ponieważ w złożonej dnia 25.02.2013 r. (...) ofercie w pkt 9 nie wykazał, iż w realizacji przedmiotu zamówienia będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów*. W dalszej części uzasadnienia zamawiający podał, że *uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp mogą podlegać jedynie dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp (zamieścił treść przepisu)*. *Do katalogu dokumentów wymienionych w tym przepisie nie należy formularz ofertowy, zatem nie podlega on uzupełnieniu* (pismo zamawiającego z dnia 08.03.2013 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając czynność zamawiającego w kontekście opisów zamieszczonych w SIWZ, uznała, że zamawiający nie określił w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, warunku granicznego, o którym stanowi pkt 6.5 SIWZ. Nie wskazał minimalnej długości sieci kanalizacyjnej, jako takiego warunku, żądając w załączniku nr 3 do SIWZ, w trzeciej kolumnie tabeli wyłącznie - *Zakres*

rzeczowy wykonanego zadania długość. Dopiero w piśmie z dnia 28.02.2013 r. (wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu), zamawiający wskazał, że nie uwzględnił roboty budowlanej z wykazu odwołującego w poz. 1, z tego względu, że sieć kanalizacyjna wykonana w ramach tej budowy wynosiła 1455,55 mb, w sytuacji, gdy zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia - długość sieci kanalizacyjnej wynosi 1904,86 mb. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że uznawał zrealizowaną robotę budowlaną, jako zgodną z wymaganiami SIWZ, jeżeli długość wykazanej sieci kanalizacyjnej wynosiła, co najmniej 1904,86 mb. A więc wykazanie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zostało uznane przez zamawiającego wówczas, gdy wykonawca zrealizował dwie roboty budowlane, każda z uwzględnieniem sieci kanalizacyjnej o długości, co najmniej 1904,86 mb, a więc tożsamej z długością sieci będącej przedmiotem zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamieszczony w SIWZ, nie zawierał takiego sposobu oceny podmiotowej wykonawców.

Skoro zamawiający nie ustanowił w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, minimalnej długości sieci kanalizacyjnej, jako warunku granicznego, nieuzasadnione było wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie. Złożone przez odwołującego, na wezwanie, dokumenty nie zostały ocenione przez zamawiającego zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 6.2 SIWZ. Odwołujący został wykluczony z postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty, nie na podstawie nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, lecz na podstawie oświadczenia zamieszczonego w pkt 9 formularza ofertowego, że: *W realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów.*

W ocenie Izby, wymóg zamieszczony w pkt 9 formularza ofertowego, zgodnie z pkt 11 SIWZ, jest opisem sposobu przygotowania oferty mającym charakter wyłącznie informacyjny i nie może powodować ograniczenia prawa wykonawcy do złożenia na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wymaganych oświadczeń lub dokumentów, do których zalicza się również oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

W tej sytuacji, Izba uznając, że został potwierdzony zarzut niewłaściwego badania i oceny oferty odwołującego, mającego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu dokonanie czynności wskazanych w sentencji wyroku, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....