

Sygn. akt: KIO 1608/13

WYROK

z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2013r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrowat Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych sp. z o.o., "Hydrowat" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych K..... K....., ul. Stodolniana 91, 62-500 Konin,** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rzgów, ul. Konińska 8, 62-586 Rzgów,**

przy udziale **J..... G....., prowadzącego działalność p.n Firma G....., ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Rzgów, ul. Konińska 8, 62-586 Rzgów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrowat Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych sp. z o.o., "Hydrowat" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych K..... .., ul. Stodolniana 91, 62-500 Konin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Rzgów, ul. Konińska 8, 62-586 Rzgów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrowat Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych sp. z o.o., "Hydrowat" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych K..... K..... ul. Stodolniana 91, 62-500 Konin** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Koninie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Rzgów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa stacji uzdatniania wody w Sławsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W dniu 2 lipca 2013 roku odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Hydrowat Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych sp. z o.o., "Hydrowat" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych K..... K..... wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 roku polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz od wyboru jako najkorzystniejszej oferty J..... G....., prowadzącego działalność p.n. Firma G....., J..... G.....

Odwołujący podniósł naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez niedopełnienie obowiązków starannego zbadania i oceny złożonych ofert oraz błędne odrzucenie oferty, która jest zgodna z ustawą i siwz.
- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wymaganie od wykonawcy doświadczenia i wiedzy nie tylko w zakresie technologii ale również bezprawny i bez uzasadnienia rozszerza na użyty konkretny sprzęt.
- art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty J..... G.....
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez niewłaściwe podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty J..... G..... jako najkorzystniejszej
- uznanie, że oferta odwołującego spełnia wymagania postawione przez zamawiającego i wykonawca nie podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu,
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu bez udziału oferty i uznania, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez odwołującego.

Odwołujący kwestionując decyzję zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania doświadczenia w zakresie wykonania zbiorników filtrów żelbetowych metodą na mokro oraz zbiornika reakcji wymaganego w siwz, podniósł, że skoro zamawiający wymagał wiedzy i doświadczenia przez wykazanie wykonania jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia w zakresie wykonania stacji uzdatniania wody według zakładanej technologii produkcji wody zgodnej z dokumentacją techniczno – technologiczną, to nie można prawidłowo interpretując ten zapis przyjmować, twierdzenia, że roboty te musiały polegać na wykonaniu zbiorników filtrów żelbetowych metodą na mokro oraz zbiornika reakcji. Faktycznie wykonany przez odwołującego zakres robót na inwestycji w Łukomiu i Trąbczynie odpowiada w całości przedmiotowi zamówienia i nie może być dyskwalifikowany tylko z tego powodu, że obecny inwestor bezpodstawnie rozszerza termin technologii uzdatniania wody ze szczegółowymi urządzeniami, które mogą być w tej samej technologii użyte.

Odwołujący był wezwany do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 12 czerwca 2013 roku i udzielił w dniu 20 czerwca odpowiedzi w której zgodnie z zapisami siwz w załączniku nr 6 do oferty opisał szczegółowo istotne kwestie dotyczące zastosowanej technologii uzdatniania wody we wcześniej zrealizowanej robocie w miejscowości Łukom i Trąbczyn, na którą powołał się w przedłożonej referencji. Podniósł, że zgodnie z wezwaniem odwołujący był wezwany do wyjaśnień co do doświadczenia w zakresie technologii uzdatniania wody i spełnił oczekiwania wezwania rozszerzając załączony do oferty załącznik nr 6 do siwz.

Zamawiający w siwz nie postawił warunku doświadczenia w zakresie konstrukcji budowlanych – zbiorników filtrów żelbetowych oraz zbiornika reakcji. Zamawiający wskazał, że takie działanie zamawiającego narusza art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nieuprawnione utrudnianie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcy, który jest zdolny wykonać zamówienie, stanowi przejaw działań anty konkurencyjnych mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący przedłożył jako dowód w sprawie pismo z dnia 1 lipca 2013 roku firmy Envirotech, która jest autorem dokumentacji projektowej i która złożyła oświadczenie: „technologia uzdatniania wody w Sławsku zakłada uzdatnianie wody przez jej napowietrzanie i zapewnienie odpowiedniego czasu kontaktu z powietrzem oraz przez filtrację prowadzoną w bloku filtrów wypełnionych złożem filtracyjnym” i dlatego zdaniem projektantów referencja odwołującego na wykonanie roboty a dotyczące technologii opartej na napowietrzaniu, odpędzaniu gazów oraz filtracji w celu usunięcia żelaza i manganu odpowiada technologii zaprojektowanej w stacji uzdatniania wody w Sławsku będącej przedmiotem postępowania.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez Hydrowat PRBiM Sp. z o.o. i wykluczeniu z udziału tego wykonawcy, mimo, że ofertę złożyło konsorcjum wykonawców. Ubocznie zwrócił także uwagę, że zamawiający nie uzasadnił z należytą starannością stanu prawnego i faktycznego będącego podstawą podjętej przez niego decyzji o wykluczeniu, formułując lakoniczne stwierdzenie, że wykonawcy nie wykazali doświadczenia w zakresie wykonania zbiorników filtrów żelbetowych metodą ma mokro oraz zbiornika reakcji, mimo, że wymagane było jedynie doświadczenie w zakresie technologii uzdatniania wody, a nie wykonania urządzeń, na co zwrócili uwagę projektanci.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia i potwierdzą to stosowanymi referencjami o wartości zamówienia 1 700 000 zł brutto. Przez roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym (budowę, rozbudowę, remont), stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający rozumie wykonanie robót budowlanych w zakresie wykonania stacji uzdatniania wody według zakładanej technologii produkcji wody zgodnej z dokumentacją techniczno – technologiczną, których zakres odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia zgodnego z dokumentacją projektową i rozwiązaniami technologicznymi uzdatniania wody przyjętymi w tej dokumentacji technicznej.

Celem potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, odwołujący załączył do oferty wykaz robót budowlanych, wskazując w nich na inwestycję polegającą na modernizacji stacji uzdatniania wody w miejscowościach Łukom i Trąbczyn o wartości 1 779 680,28 zł. W kolumnie „Krótka charakterystyka zamówienia (ze wskazaniem zakresu robót i zastosowanych technologii uzdatniania wody)” podał m.in.: wymianę bloków filtracyjnych, dostawę i montaż zestawów pompowych, montaż rurociągów technologicznych, dostawę i montaż rozdzielni technologicznych sterowanych sterownikiem mikroprocesorowym, przebudowę zewnętrznych rurociągów wody surowej i uzdatnionej, termoizolację budynku z podniesieniem standardu ścian i dachu oraz wymianę stolarki okiennej i drzwiowej i rozruch technologiczny SUW.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 19 czerwca 2013 roku odwołujący przedstawił uzupełniony załącznik nr 6 – wykaz robót budowlanych potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ponownie wskazują na inwestycję polegającą na modernizacji stacji uzdatniania wody w miejscowościach Łukom i Trąbczyn i wskazują dodatkowo, że zastosowana technologia polega na „napowietrzaniu, filtracji i odpędzaniu gazów w celu pozbycia się żelaza i manganu. Do uzdatniania wody wykorzystano metodę aeracji i filtracji na filtrach kwarcowych i piaskowych zaszczerpionych uaktywowanymi tlenkami manganu.(...)”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie podkreśla się, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być jednoznaczny i przejrzysty, tak aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu mieli pewność jakimi przesłankami będzie się kierował zamawiający podejmując decyzję dotyczącą spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ugruntowany jest także pogląd, że wszelkie wątpliwości powstałe na tle niejasnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia winny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy, który działając w zaufaniu do ustalonego przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ponosić negatywnych konsekwencji, w postaci wykluczenia go na tej podstawie z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia posłużył się pojęciami ogólnymi, w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak również w udzielonych w toku postępowania wyjaśnieniach nie doprecyzował szczegółów technicznych, które ma spełniać robota potwierdzająca spełnienie tego warunku. Zamawiający wskazał jedynie, że pod pojęciem roboty odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia rozumie robotę polegającą na wykonaniu stacji uzdatniania wody według zakładanej technologii produkcji wody zgodnej z dokumentacją techniczno - technologiczną, których zakres odpowiada przedmiotowi niniejszego

zamówienia zgodnego z dokumentacją projektową i rozwiązaniami technologicznymi uzdatniania wody przyjętymi w tej dokumentacji technicznej. Dokumentacja projektowa oraz ogólna charakterystyka obiektu wskazują na szereg szczegółów technicznych, rozwiązań technologicznych dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia, np. dla układu technologicznego stacji uzdatniania wody przyjmuje się: pobór wody z ujęcia podwodnymi agregatami pompowymi, napowietrzanie wody surowej strumienicą z wymuszonym obiegiem pompą, poddawanie wody surowej napowietrzonej przez sieć dysz wielkogabarytowych dla wstępnego jej oczyszczenia w procesie sedymentacji, proces filtracji na dwukomorowych filtrach otwartych z wymuszonym przepływem wody przez złożę pompą filtra regulowaną pływakowym zaworem zwrotno – zaporowym i wiele innych szczegółów technicznych.

W ocenie Izby, skoro zamawiający na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie doprecyzował szczegółów technicznych, jakie ma spełniać robota wykazana celem potwierdzenia spełniania warunku wymaganego doświadczenia, to nie może aktualnie – na etapie oceny ofert – takich wymagań technicznych formułować. Wskazać należy, że w toku postępowania o zamówienie publiczne, zamawiający w odpowiedzi na wniosek jednego z uczestników postępowania o podanie parametrów i szczegółów technicznych, jakie ma spełniać robota wykazana na potwierdzenie warunku doświadczenia, podtrzymał ogólne brzmienie warunku, rezygnując z jego doprecyzowania.

W konsekwencji okoliczność, jaką wskazał zamawiający w decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu – brak wykazania realizacji zbiorników filtrów żelbetowych metodą ma mokro oraz zbiornika reakcji - nie może być przesłanką do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Wymóg ten podobnie jak wymóg dotyczący zastosowania metody tzw. „filtrów otwartych”, jako nie ujęty w treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może być podstawą do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Wskazane rozwiązania techniczne, jakkolwiek istotne dla realizacji samego przedmiotu zamówienia, pozostają bez znaczenia dla oceny spełniania wymaganego doświadczenia, w oparciu o ogólnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu polegający na wykonaniu stacji uzdatniania wody według zakładanej technologii produkcji wody zgodnej z dokumentacją techniczno - technologiczną, których zakres odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia zgodnego z dokumentacją projektową i rozwiązaniami technologicznymi uzdatniania wody przyjętymi w tej dokumentacji technicznej.

Zadaniem Izby zamawiający na obecnym etapie postępowania, domaga się w efekcie wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji zamówień tożsamyh, tj. spełniających wszystkie rozwiązania technologiczne uzdatniania wody przyjęte w dokumentacji technicznej, opisującej przedmiot zamówienia.

Izba nie neguje wskazywanych przez przystępującego i potwierdzonych w złożonych przez niego dowodach w sprawie różnic i odmienności technologicznych między robotą zrealizowaną w Łukomiu i Trąbczynie a robotą objętą przedmiotem zamówienia. Wskazać należy, że przedłożone przez przystępującego dowody w postaci: opinii biegłego sądowego z zakresu uzdatniania wody i oczyszczania ścieków w sprawie równoważności zastosowanych procesów technologicznych na SUW w Sławsku oraz SUW w Łukomiu i Trąbczynie oraz opinii Przedsiębiorstwa Optymalizacji procesów Energetycznych Energoopt z dnia 19 lipca 2013 roku, z uwagi na to, że odnoszą się do szczegółów technicznych i technologicznych, nie ujętych w rozważanym warunku udziału w postępowaniu, są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie ulega wątpliwości, że odwołujący w ramach realizacji inwestycji w Łukomiu i Trąbczynie wykonał modernizację stacji uzdatniania wody według zakładanej w tym postępowaniu technologii produkcji wody tj. opartej na napowietrzaniu, odpędzaniu gazów, usunięciu nadmiaru żelaza i manganu przez filtrację. Wymóg ten był ujęty wprost w treści warunku udziału w postępowaniu a zarówno zamawiający jak i przystępujący nie zaprzeczyli twierdzeniu, że zastosowana technologia uzdatniania wody na SUW w Łukomiu i Trąbczynie odpowiada technologii uzdatniania wody zawartej w dokumentacji technicznej rozbudowy stacji uzdatniania wody w Sławsku.

Okoliczność tę dodatkowo potwierdzają złożone przez odwołującego opinie projektanta inwestycji, będącej przedmiotem zamówienia Envirotech (załączona do odwołania) oraz Nentech s.c. K..... S....., Ł..... W..... (złożona w trakcie rozprawy).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: