

WYROK
z dnia 19 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2014 r. przez wykonawcę **R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Hydrotechniczne R. Ś., Nowa Wieś, ul. Jana Pawła II 27, 87-853 Kruszyn,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzeczce 13B, 03-194 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1) uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków z zastosowaniem trybu określonego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzeczce 13B, 03-194 Warszawa i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Hydrotechniczne R. Ś., Nowa Wieś, ul. Jana Pawła II 27, 87-853 Kruszyn, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzeczce 13B, 03-194 Warszawa na rzecz wykonawcy R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Hydrotechniczne R. Ś., Nowa Wieś, ul. Jana

Pawła II 27, 87-853 Kruszyn, kwotę **23 567 zł 00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), tytułem 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 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu **Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Jeglińskiego m. Karwik, gmina i powiat Pisz. woj. warmińsko-mazurskie.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Unii Europejskiej 2014/S 156-279595 z dnia 18.08.2014 r.

Odwołujący – R. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Hydrotechniczne R. Ś. - wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych - przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, przez niezgodne z tymi przepisami:

- nie dokonanie wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, z powodu nie wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą jako nie spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w brzmieniu ustalonym przez zamawiającego,
- nie dokonania odrzucenia oferty STRABAG Sp. z o. o. w Pruszkowie z uwagi na błędy w obliczeniu ceny w ofercie,
- dokonanie wyboru oferty STRABAG Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp: art. 7; art. 24 ust. 2 pkt 4 i 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6.

Wnioski:

odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, bądź bezpośrednio odrzucenia oferty,
- uznania przy ponownej ocenie ofert, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez odwołującego.

Interes *prawny*: w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp, interes *prawny* odwołującego doznał oczywistego i bezpośredniego uszczerbku, gdyż jego oferta, w wypadku dokonania przez zamawiającego wymaganych przez prawo

czynności wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. i uznania jego oferty za odrzuconą, zostałyby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Wskutek bezprawnego zaniechania zamawiającego interes *prawny* odwołującego doznał uszczerbku z uwagi na nieuzyskanie zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi naruszenia interesu *prawnego* w uzyskaniu zamówienia, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2014 r. poinformował wykonawców, w tym odwołującego o wyborze oferty STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ze stanowiskiem zamawiającego nie zgodził się odwołujący, podnosząc jak niżej.

Zamawiający w treści Sekcji III pkt 2.3 SIWZ, w brzmieniu ostatecznie ustalonym w postępowaniu (tekst był zmieniany), wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu wykazania spełniania warunków polegających m.in. na wykazaniu, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, oferent wykonał co najmniej trzy umocnienia brzegów rzek, jezior, kanałów, portów koszami siatkowo-kamiennymi lub materacami siatkowo-kamiennymi, z zastrzeżeniem, że jeżeli w jednym zadaniu wystąpią dwa obiekty, z których każdy odrębnie spełnia podane warunki minimalne - to obydwa będą traktowane jako odrębne zadania. SIWZ w podanym wyżej brzmieniu nie została zaskarżona.

Spełnianie ww. warunków wykonawca STRABAG Sp. z o.o. potwierdził wypełniając dokument pn. Wykaz robót, w którym wskazał wykonanie trzech robót:

- 1) budowa mostu drogowego w Toruniu wraz z drogami dojazdowymi, w ramach której wykonano umocnienia sztucznej wyspy koszami gabionowymi oraz ułożono materace brzegowe przy odbudowie ostróg rzecznych,
- 2) budowa obwodnicy Miasta Słupska, w ramach której m.in. umocniono materacami gabionowymi koryto rzeki,
- 3) usuwanie szkód powodziowych na potoku Łapczyńskim w km 3+225 - 3+633 w miejscowości Łapczyca, gm. Bochnia, w ramach której wykonano m.in. umocnienia koryta potoku koszami siatkowo-kamiennymi.

W ocenie odwołującego jedynie poświadczenie wykonania drugiej z ww. inwestycji wskazuje, że spełnia ona wymogi SIWZ.

W ramach pierwszej z ww. inwestycji umocniono koszami gabionowymi obrzeża ostróg rzecznych i sztucznej wyspy, na której umieszczono podporę mostu. Ostrogi rzeczne to jeden z rodzajów grobli, tam rzecznych, czyli budowli przylegających do brzegu rzeki, które mają na celu odpychanie nurtu rzeki w celu ochrony brzegu przed podmywaniem oraz/lub (na większych rzekach) zwiększenia głębokości nawigacyjnej rzeki (tak dr inż. R.

Duszyński w „Ekologiczne techniki ochrony brzegów i rewitalizacji rzek” w Inżynieria Morska i Geotechnika nr 6/2007, M. Robakiewicz „Rola ostróg w regulacji rzek” w Infrastruktura i Ekologia Terenów Wiejskich nr 4/2/3006 PAN Oddział w Krakowie str. 151 i 152). Sztuczna wyspa zaś, to budowla wykonana ręką człowieka, której zadania i uwarunkowania hydrotechniczne ustalane są w kontekście konkretnej inwestycji, w ramach której jest realizowana, tutaj - jako osłona podpory nurtowej oraz jej zabezpieczenie (tak str. 10 projektu technicznego wykonawczego inwestycji dot. budowy mostu przez rz. Wisłę). Na zamieszczonym zdjęciu zobrazowano zarówno opisane wyżej ostrogi, jak i sztuczną wyspę, zrealizowaną w ramach ww. inwestycji.

Z całą pewnością umacnianie brzegów budowli hydrotechnicznych, takich jak ostrogi rzeczne oraz sztucznej wyspy nie można utożsamić w żaden sposób z umocnieniem wskazywanych przez zamawiającego brzegów rzeki (szerzej - w dalszej części pisma), jeziora (naturalny śródlądowy zbiornik wodny, którego występowanie uwarunkowane jest istnieniem zagłębienia (misy jeziornej), w którym mogą gromadzić się wody powierzchniowe, oraz zasilaniem przewyższającym straty wody wskutek parowania lub odpływu - za Z. Kajak, Hydrobiologia-Limnologia. Ekosystemy wód śródlądowych, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2001), kanału (sztuczny ciek, fragment drogi wodnej, którego celem jest połączenie istniejących naturalnych dróg wodnych - za E. Bajkiewicz-Grabowska, Z. Mikulski, Hydrologia ogólna, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007), czy portu (miejsce do czasowego postoju jednostek pływających, gdzie może odbywać się załadunek/wyładunek towarów, przyjęcie pasażerów, uzupełnienie potrzebnych zapasów i artykułów, obsługa jednostki - za Encyklopedia Żeglarstwa. Jacek Czajewski (red.) Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1996, s. 272), pojęć mających także konkretne odniesienie i rozróżnienie w treści art. 9 ust. 1 pkt 4c ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145 ze zm.).

Podobnie w przypadku trzeciej inwestycji, gdzie wykonawca wskazał umocnienie koryta potoku. Potok - jest to niewielki ciek wodny o wartkim nurcie, którego zlewnia nie przekracza 100 km². Za rzekę uważa się naturalny, powierzchniowy ciek płynący o powierzchni dorzecza (odpowiednik zlewni potoku) powyżej 100 km², przy czym rozróżnia się rzeki małe (dł. 100-200 km, dorzecze 100-10 000 km²), rzeki średnie (dł. 200-500 km, dorzecze 10 000-100 000 km²), rzeki duże (dł. 500-2500 km, dorzecze 0,1-1 mln km²) i rzeki wielkie (dł. powyżej 2500 km, dorzecze ponad 1 mln km²) (za Zbigniew Szling, Jan Winter: Drogi wodne śródlądowe. Wrocław: Wydawnictwo Politechniki Wrocławskiej, 1988, seria: skrypt budownictwo). Rozróżnienie pojęć rzeka i potok także znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 9 ust. 1 pkt 1c ustawy Prawo wodne.

Reasumując, odwołujący uznał, że referencje przedstawione przez wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą w postępowaniu, nie spełniały konkretnie wskazanych wymogów SIWZ w zakresie posiadanych wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający nie wymagał wykazania przez wykonawców wykonania robót umacniania kosztami gabionowymi lub materacami kamiennymi jakichkolwiek budowli hydrotechnicznych lub brzegów powierzchniowych wód płynących, a powołał konkretne rodzaje przedmiotów umocnienia, znajdujące swoje odzwierciedlenie w treści przepisów prawa (Prawo wodne) lub literaturze przedmiotu.

Nikt z wykonawców nie zadał także pytania do treści SIWZ, na które odpowiedź uprawniałaby do dokonania rozszerzającej interpretacji jej opisów w przywołanym wyżej zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia, w związku z czym jej treść należy odczytywać ściśle.

Wobec tego, wykonawca STRABAG Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udzielenia mu zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, winien zostać wykluczony z postępowania, zaś jego oferta winna w konsekwencji zostać uznana za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z ust. 4 Pzp.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że zamawiający nie zweryfikował oferty STRABAG Sp. z o.o. pod kątem błędów w obliczeniu ceny oferty. W załączeniu odwołujący przekazał kosztorys ofertowy ze wskazaniem błędów. Wskazał, że skoro zamawiający nie dokonał poprawienia błędów w wyliczeniu ceny oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to nie można już w chwili obecnej mówić o konieczności poprawienia oczywistych błędów rachunkowych (zresztą w konsekwencji uznania zasadności tej tezy należałoby także unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej). W rezultacie powyższego oferta uznana za najkorzystniejszą powinna ulec odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Załączniki: m.in. 5. Kosztorys ofertowy z wykazaniem błędów; 6. Wydruki z publikacji i inne:

- „Ekologiczne techniki ochrony brzegów i rewitalizacji rzek” - 3 str.,
- „Rola ostróg w regulacji rzek” - 2 str.,
- str. 10 „Projektu technicznego wykonawczego inwestycji dot. budowy mostu przez rz. Wisłę”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołane wniósł o jego oddalenie, stwierdzając, że zarzuty odwołania są w całości błędne. Wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma wskazał.

Ad 1. Zgodnie z pkt 3.1. SIWZ zamawiający uzna, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykażą się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej 3 umocnień brzegów rzek, jezior, kanałów, potoków koszami siatkowo-kamiennymi lub materacami siatkowo-kamiennymi.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku STRABAG Sp. z o.o. przedstawił wykaz robót, w którym wskazał wykonanie 3 zadań polegających na umocnieniu brzegów koszami siatkowo-kamiennymi lub materacami siatkowo-kamiennymi:

- wyspy i ostróg (zadanie nr 1);
- rzeki (zadanie nr 2);
- potoku (zadanie nr 3).

Odwołujący nie kwestionuje zadania nr 2, jako spełniającego wymagania zamawiającego, kwestionuje zadanie nr 1 i 3.

Odnosnie zadania nr 1 wykazu robót, zamawiający wskazał, że wyspa na której wykonano umocnienia brzegów koszami gabionowymi znajduje się na rzece Wiśle. Okoliczność, że jest to sztuczna wyspa wykonana ręką człowieka, pozostaje bez znaczenia. Dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia nie ma znaczenia, czy wykonawca wykonał prace na sztucznej, czy naturalnej wyspie. Zamawiający zauważył, że przypadki sztucznego (wykonanego ręką człowieka) regulowania brzegów rzek są bardzo częste i fakt ten nie pozbawia rzek ich naturalnego charakteru.

Płynąca rzeka ma taki sam „kontakt” z brzegiem wyspy, jak z brzegiem stałego lądu, a co za tym idzie doświadczenie nabyte przez wykonawcę przy umacnianiu brzegu koszami siatkowo-kamiennymi lub materacami siatkowo-kamiennymi wyspy położonej na rzece, odpowiada, czy jest wręcz takim samym doświadczeniem, co nabyte przy umacnianiu brzegu rzeki koszami siatkowo-kamiennymi lub materacami siatkowo-kamiennymi, w której nurcie nie znajduje się wyspa. W realiach zadania nr 1 można uznać, że na odcinku rzeki Wisły, na którym znajduje się wyspa, brzeg wyspy po obu jej stronach jest jednocześnie brzegiem rzeki. Zaistniałą sytuację porównał do miejsca, gdzie płynąca rzeka rozchodzi się i tworzą się dwie rzeki. Przykładowo rzeka Narew wpada do rzeki Wisły. Rozgraniczający je ląd po jednej jego stronie jest brzegiem dla Narwi, a po jego drugiej stronie jest brzegiem dla Wisły (załączone zdjęcie nr 1). Podobny przykład został wskazany jako ujście rzeki Bzury do rzeki Wisły. Liniją brzegową Wisły stanowiła sieć wysp, a stały ląd stanowił już lewy brzeg Bzury (zdjęcie nr 2).

Zamawiający podkreślił, że w prowadzonym postępowaniu wykonanie umocnień koszami siatkowo-kamiennymi i materacami siatkowo-kamiennymi będzie dotyczyło kanału oraz części linii brzegowej lądu ze wszystkich stron otoczonego wodą, w rzeczywistości

stanowiącego wyspę. Zatem uznał, że wykazane doświadczenie w umocnieniu brzegów wyspy jest adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisując ostrogę, wskazał, że wytwarza ona i utrwala nową linię brzegową.

Oдноśnie zadania nr 3 zamawiający wskazał, że doświadczenie nabyte przy umacnianiu brzegów rzeki jest porównywalne z nabytym przy umacnianiu brzegów potoku, a biorąc pod uwagę, że potok ma zdecydowanie bardziej wartki nurt niż rzeka, jezioro, kanał, czy też port, jest w stanie bardziej zweryfikować wykonane zadanie, a tym samym doświadczenie wykonawcy.

Podnosząc, że nie istnieje prawna definicja pojęcia „rzeka”, „potok”, wskazał przepis art. 9 ust. 1 pkt 1c ustawy Prawo wodne, w którym w tej samej jednostce redakcyjnej umieszczono te dwa ciek naturalne. Rzeka i potok jest zaliczona do tego samego rodzaju jednolitych części wód powierzchniowych (art. 9 ust. 1 pkt 4c Prawa wodnego). Potok Łapczycki nie figuruje jako potok górski (załącznik nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17.02.2002 r. w sprawie śródlądowych wód powierzchniowych lub ich części stanowiących własność publiczną. Natomiast w załączniku nr 2 do rozporządzenia w wykazie cieków dla woj. małopolskiego, w poz. 245 występuje jako jednowyrazowe określenie cieku o nazwie „Łapczycki”, a jego odbiornikiem jest rzeka Raba.

Zamawiający porównał doświadczenie obu wykonawców - odwołującego i przystępującego, uznając je za bardzo zbliżone.

Z ostrożności procesowej podniósł, że wniosek odwołującego o wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą, jest przedwczesny bez uprzedniego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Oдноśnie zarzutu - błędu w obliczeniu ceny w wybranej ofercie lub oczywistej omyłki rachunkowej (art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp) lub innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający stwierdził, że nie odrzucił oferty przystępującego, gdyż nie występują ku temu okoliczności wskazane przez odwołującego. Wyjaśnił, że w celu obliczenia ceny oferty wykonawca był zobligowany do dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiaru robót, załączonego do SIWZ. Zamawiający pozostawił wykonawcom wybór metody sporządzenia kosztorysu - metoda uproszczona lub szczegółowa. Przedmiar robót składał się z 99 pozycji. Zamawiający nie oczekiwał podania przez wykonawców cen jednostkowych. Wykazanie cen jednostkowych przez przystępującego było jego inicjatywą. Wykonawca obliczył ceny jednostkowe jako iloraz wartości netto i ilości jednostek przedmiarowych. Brak było podstaw do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub ust. 3 Pzp.

Zamawiający poinformował, że wykonawca SRABAG Sp. z o.o. wskazał w dniu 14.11.2014 r. jeszcze dwa zadania wraz z poświadczeniem i referencjami ich należytego

wykonania. Uznał, że w tej sytuacji, w przypadku uznania przez Izbę, iż któreś zadanie z wymienionych w wykazie załączonym do oferty nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ i zachodzi konieczność wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, to już takie uzupełnienie nastąpiło i oferta STRABAG Sp. z o.o. jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

Na zakończenie zamawiający wskazał, że nieprawidłowo postawione przez odwołującego zarzuty oraz wnioski - wykluczenia STRABAG Sp. z o.o. z postępowania bez żądania uprzedniego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp; uznania przy ponownej ocenie ofert, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez odwołującego, w sytuacji, gdy w wyniku ewentualnej ponownej oceny ofert, oferta odwołującego nie musi okazać się ofertą najkorzystniejszą - uniemożliwiają zamawiającemu skorzystanie z dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i uznanie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawca STRABAG S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała na posiedzeniu, że wykonawca STRABAG S.A. spełniając przesłanki skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem tego postępowania.

Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołanie rozpoznane na rozprawie w granicach dwóch zarzutów - nie wykluczenie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia i nie uznanie jego oferty za odrzuconą oraz nie odrzucenie oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny

- wobec uznania przez Izbę zasadności pierwszego zarzutu - podlega uwzględnieniu. Drugi zarzut - błąd w obliczeniu ceny oferty nie znajduje uzasadnienia.

Izba ustaliła.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, wykonawcy zostali zobowiązani w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do wykazania wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy, w tym okresie co najmniej 3 umocnień brzegów rzek i jezior. Wobec pytania jednego z wykonawców o możliwość wykazania spełniania warunków przez przedstawienie prac polegających na umacnianiu brzegów kanałów, portu lub innego obiektu hydrotechnicznego, ze względu na fakt, że przedmiotem zamówienia jest odbudowa brzegów kanału, zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, zmiany SIWZ dopuszczając możliwość wykazania umocnień brzegów, oprócz rzek i jezior, również - kanałów i portów, nie dopuszczając jednak innego obiektu hydrotechnicznego. Ograniczył roboty do czterech obiektów wodnych, określonych w piśmie z dnia 01.09.2014 r.

Z przedstawionych przez przystępującego 3 robót, dwie z nich - 1 i 2 zostały zakwestionowane jako nie odpowiadające wymaganiom umacniania brzegów - rzek, jezior, kanałów i portów.

W zakresie sposobu obliczenia ceny oferty - wykonawca był zobligowany do dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiaru robót, załączonego do SIWZ. Zamawiający pozostawił wykonawcom wybór metody sporządzenia kosztorysu - metoda uproszczona lub szczegółowa. Przedmiar robót składał się z 99 pozycji. Zamawiający nie oczekiwał podania przez wykonawców cen jednostkowych. Wykonawca obliczył ceny jednostkowe jako iloraz wartości netto i ilości jednostek przedmiarowych.

Izba zważyła.

Zamawiający opisuje sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyjmując wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców, jako adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1, ust. 4 Pzp). W szczególności wymagania nie powinny być nadmierne. Jeśli opis zamawiającego nie zostanie podważony w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający jest zobowiązany stosować ocenę w toku badania i oceny ofert opisaną w SIWZ wraz ze zmianami jej treści oraz wyjaśnieniami udzielonymi za pytania wykonawców.

Zamawiający był zobowiązany do oceny wiedzy i doświadczenia wykonawcy, z uwzględnieniem, że podstawę pozytywnej oceny (uznania, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu) stanowią roboty polegające na umacnianiu brzegów rzek, jezior, kanałów i portów.

W obowiązujących przepisach ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne wskazano definicje pojęć zamieszczone w słowniczku pojęć, jakimi posługuje się ustawa:

art. 9 stanowi:

1. Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1a) budowlach przeciwpowodziowych - rozumie się przez to kanały ulgi, kierownice w ujściach rzek do morza, poldery przeciwpowodziowe, zbiorniki retencyjne posiadające rezerwę powodziową, suche zbiorniki przeciwpowodziowe, wały przeciwpowodziowe wraz z obiektami związanymi z nimi funkcjonalnie oraz wrota przeciwpowodziowe i przeciwsztormowe;
- 1c) ciekach naturalnych - rozumie się przez to rzeki, strugi, strumienie i potoki oraz inne wody płynące w sposób ciągły lub okresowy, naturalnymi lub uregulowanymi korytami;
- 4c) jednolitych częściach wód powierzchniowych - rozumie się przez to oddzielny i znaczący element wód powierzchniowych, taki jak:
 - a) jezioro lub inny naturalny zbiornik wodny, b) sztuczny zbiornik wodny, c) struga, strumień, potok, rzeka, kanał lub ich części,
- 5) kanałach - rozumie się przez to sztuczne koryta prowadzące wodę w sposób ciągły lub okresowy, o szerokości dna co najmniej 1,5 m przy ich ujściu lub ujęciu;
- 9) potokach górskich - rozumie się przez to cieki naturalne o łącznych poniższych cechach:
 - a) powierzchnia zlewni jest nie większa niż 180 km², b) stosunek przepływu o prawdopodobieństwie wystąpienia 1% do przepływu średniego z wielolecia jest większy niż 120, c) spadek zwierciadła jest nie mniejszy niż 0,3%;
- 10) powodzi - rozumie się przez to czasowe pokrycie przez wodę terenu, który w normalnych warunkach nie jest pokryty wodą, wywołane przez wezbranie wody w ciekach naturalnych, zbiornikach wodnych, kanałach oraz od strony morza, z wyłączeniem pokrycia przez wodę terenu wywołanego przez wezbranie wody w systemach kanalizacyjnych;
- 19) urządzeniach wodnych - rozumie się przez to urządzenia służące kształtowaniu zasobów wodnych oraz korzystaniu z nich, a w szczególności: a) budowle: piętrzące, upustowe, przeciwpowodziowe i regulacyjne, a także kanały i rowy.

2. Przepisy ustawy dotyczące:

- 1) urządzeń wodnych stosuje się odpowiednio do:
 - a) urządzeń melioracji wodnych niezaliczonych do urządzeń wodnych, b) prowadzonych przez wody powierzchniowe oraz wały przeciwpowodziowe obiektów mostowych, rurociągów, linii energetycznych, linii telekomunikacyjnych oraz innych urządzeń, c) obiektów budowlanych oraz robót wykonywanych na obszarach szczególnego zagrożenia powodzią, d) robót w wodach oraz innych robót, które mogą być przyczyną zmiany naturalnych przepływów wód, stanu wód stojących i wód podziemnych;
- 2) wykonania urządzeń wodnych - stosuje się odpowiednio do odbudowy, rozbudowy, przebudowy, rozbiórki lub likwidacji tych urządzeń, z wyłączeniem robót związanych z utrzymywaniem urządzeń wodnych w celu zachowania ich funkcji (...).

Z treści pkt 1a wynika, że budowlami przeciwpowodziowymi są kanały ulgi, kierownice w ujściach rzek do morza, poldery przeciwpowodziowe, zbiorniki retencyjne posiadające rezerwę powodziową, suche zbiorniki przeciwpowodziowe, wały przeciwpowodziowe wraz z obiektami związanymi z nimi funkcjonalnie oraz wrota przeciwpowodziowe i przeciwsztormowe;

z pkt 1c wynika, że ciek naturalny - są to rzeki, strugi, strumienie i potoki oraz inne wody płynące w sposób ciągły lub okresowy, naturalnymi lub uregulowanymi korytami,

z pkt 19 wynika, że urządzeniami wodnymi są urządzenia służące kształtowaniu zasobów wodnych oraz korzystaniu z nich, a w szczególności: a) budowle: piętrzące, upustowe, przeciwpowodziowe i regulacyjne, a także kanały i rowy.

Rzeki i potoki zostały wykazane jako odrębne ciek naturalny, przy czym istotne jest, że to są wody płynące w sposób ciągły lub okresowy, naturalnymi lub uregulowanymi korytami.

Przystępujący przedstawił w poz. 1 wykazu robót „Budowę mostu drogowego w Toruniu wraz z drogami dojazdowymi”, w poz. 3 „Usuwanie szkód na potoku Łapczyńskim”.

Z poświadczenia wykonania robót - poz. 1 wynika, że wykonano roboty hydrotechniczne w nurcie rzeki, pogłębianie dna rzeki pod wykonanie umocnień z koszy gabionowych, wydobywanie gruntu z dna rzeki dla zasypiania sztucznej wyspy, wykonanie umocnień sztucznej wyspy oraz odbudowa ostróg rzecznych. Z referencji dotyczącej pozycji 3 wynika, że zakres zamówienia obejmował roboty budowlane na potoku w zakresie usuwania szkód powodziowych.

Z powyższego oraz dowodów załączonych do odwołania (literatura), nie zakwestionowanych przez zamawiającego i przystępującego, wynika, że robota budowlana wykazana w pozycji 1 polegająca na umocnieniu sztucznej wyspy koszami gabionowymi oraz ułożeniu materaców brzegowych przy odbudowie ostróg rzecznych, nie polegała na umocnieniu brzegów rzeki w sposób wynikający z SIWZ - umocnieniu brzegów rzeki jako cieku naturalnego płynącego w sposób ciągły lub okresowy, naturalnym lub uregulowanym korytem, a więc zarzut odwołującego jest zasadny.

Potok Łapczyński - pozycja 3 wykazu, w świetle ustawowych definicji, stanowi inny niż rzeka ciek naturalny, również inny niż pozostałe jednostki wymienione w SIWZ: jezioro - naturalny zbiornik wodny, kanał - sztuczne koryto prowadzące wodę w sposób ciągły lub okresowy, port - obszar styku lądu i wody wyposażony w zespół urządzeń.

Izba uznaje stanowisko zamawiającego, za słuszne, że doświadczenie nabyte przez wykonawcę przy realizacji robót wymienionych w pozycjach 1 i 3 wykazu, są porównywalne do wymaganego w SIWZ, zwłaszcza, że przedmiotem zamówienia jest odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału (...) Jednakże odstępianie na etapie badania i oceny ofert od przyjętego w SIWZ opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, narusza przepisy Pzp, co odwołujący podniósł na rozprawie.

Stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz czynność uzupełnienia wykazanych robót ze strony przystępującego, zdaje się potwierdzać, co do zasady, zarzuty odwołania dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Izba uznając za zasadny zarzut dotyczący wykazania wiedzy i doświadczenia, uwzględniła odwołanie nakazując jak w sentencji. Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów potwierdzających wymagania SIWZ, z własnej inicjatywy wykonawcy, nie zastępuje obowiązku zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba nie podzieliła zasadności drugiego zarzutu - błąd w obliczeniu ceny oferty. Przepis art. 89 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Błąd w obliczeniu ceny, jest błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny (Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, stan prawny na 1 stycznia 2008 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 307). Błąd musi więc zaistnieć w doborze elementów tworzących zobowiązanie wykonawcy, co do przedmiotu zamówienia.

Sposób obliczenia cen jednostkowych, które nie były żądane w SIWZ i zamawiający nie wymagał obliczenia cen jednostkowych w opisany przez siebie sposób - jako ilorazu wartości netto i ilości jednostek przedmiarowych, nie stanowi błędu uzasadniającego odrzucenie oferty. Wartości netto obliczone jako iloczyn cen jednostkowych i ilości jednostek przedmiarowych, według obliczenia odwołującego, stanowią różnicę w stosunku do pierwszego sposobu obliczenia cen jednostkowych, w kwocie 2 230,52 zł.

Dwa odmienne sposoby obliczenia cen jednostkowych, przy braku jakichkolwiek wymagań ze strony zamawiającego, nie stanowią też omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Reasumując, wobec zasadności jednego z zarzutów, Izba uwzględniła odwołanie, zgodnie z treścią sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 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), zasądzając na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: