

**WYROK**  
**z dnia 14 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Aquaren spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gminny Zakład Komunalny  
w Żołędowie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Bydgoszczy.

**Przewodniczący:**  
**Uzasadnienie**

Zamawiający - Gminny Zakład Komunalny w Żołędowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na renowację studni betonowych metodą paneli GRP na istniejącym kolektorze kanalizacji sanitarnej w rejonie ul. Szosa Gdańska w miejscowości Myślęcinek gm. Osielsko. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 535583-N-2020.

I. W dniu 2 czerwca 2020 r. wykonawca Aquaren spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, tj. wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który nie został zastosowany, co polegało na tym, że zamawiający zaniechał czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który nie został zastosowany, co polegało na tym, że zamawiający zaniechał czynności w postaci wyboru oferty, która była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), a także na tym, że zamawiający dokonał czynności w postaci wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., mimo tego, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności i nakazanie zamawiającemu, by powtórzył postępowanie, wyjaśnił wszelkie wątpliwe kwestie, wykluczył wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, odrzucił oferty podlegające odrzuceniu i ponownie ocenił pozostałe oferty oraz ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie wykonawca Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w rozdziale VI11 pkt 3.3 lit. a) SIWZ. Odwołując się do robót wskazanych przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania ww. warunku odwołujący podniósł, że pompownie ścieków i kanały deszczowe nie są tożsame ze studniami betonowymi. Zauważył, że studnie kanalizacyjne są obiektami o zupełnie innej charakterystyce pracy w stosunku do przepompowni ścieków. Różni je sposób transportu ścieków, a przede wszystkim lokalizacja determinująca sposób renowacji obiektu. Odwołujący opisał ww. różnice w treści odwołania. Przedstawiając stanowisko na rozprawie w dniu 14 lipca 2020 r. odwołujący skupił się na kwestii braku spełnienia przez ww. wykonawcę wskazanego w ramach warunku udziału w postępowaniu opisanego w VI11 pkt 3.3 lit. a) SIWZ wymogu wykonania renowacji metodą paneli GRP.

II.Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na odwołanie ani nie brał udziału w rozprawie przed Izbą.

III.Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 5 czerwca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W ramach przedstawionego stanowiska wykonawca ten stwierdził w szczególności, iż treść robót wskazanych w złożonym przez niego wykazie robót wraz z załączonymi dokumentami referencjami odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w VIII pkt 3.3 lit. a) SIWZ.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem odwołującego i uczestnika, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Jak słusznie wskazywał odwołujący posiadaniu legitymacji do wniesienia odwołania nie przeczy fakt sklasyfikowania oferty na trzecim miejscu rankingu ofert, w sytuacji gdy zarzuty dotyczące oferty wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji mogą zostać podniesione na późniejszym etapie postępowania. Bez znaczenia jest również okoliczność przekraczania przez cenę oferty odwołującego kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po pierwsze, zamawiający może jeszcze podjąć decyzję o zwiększeniu tej kwoty. Po drugie, interes w uzyskaniu danego zamówienia może również odnosić się do kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej - w odniesieniu do wymaganego doświadczenia - w następujący sposób: zamawiający żąda aby wykonawca wykazał, że wykonywał (min.3) roboty budowlane polegające na renowacji studni betonowych metodą paneli GRP w okresie ostatnich 10 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Do wykazu należy załączyć dodatkowo dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (np. referencje, rekomendacje, listy polecające podpisane przez odbiorcę) [rozdział VI11 pkt 3.3 lit. a) SIWZ].

Wykonawca Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. złożył w ramach postępowania wykaz robót

budowlanych, w którym zostały wskazane między innymi następujące roboty:

- „Wykonanie renowacji wewnętrznego betonowego płaszcza pompowni ścieków PB w miejscowości Bogdanowice gmina Głubczyce” - w opisie wykonanej pracy wskazano między innymi: „Włożenie do studni odpowiednio przygotowanego panelu tworzywowego GPR wykonanego z laminatu na bazie maty szklanej oraz żywicy poliestrowej oraz jego przymocowanie do ścian - Wypełnienie przestrzeni pomiędzy starą a nową studnią masą iniekcyjną o wytrzymałości na ściskanie 20 MPa”,
- „Wykonanie renowacji wewnętrznego betonowego płaszcza pompowni ścieków PBO-2 w miejscowości Bogdanowice gmina Głubczyce” - w opisie wykonanej pracy wskazano między innymi: „Włożenie do studni odpowiednio przygotowanego panelu tworzywowego GPR wykonanego z laminatu na bazie maty szklanej oraz żywicy poliestrowej oraz jego przymocowanie do ścian - Wypełnienie przestrzeni pomiędzy starą a nową studnią masą iniekcyjną o wytrzymałości na ściskanie 20 MPa”.

Do wykazu robót budowlanych zostały załączone dokumenty referencji, w treści których między innymi potwierdzono ww. zakres robót.

Kwestia odpowiadania opisowi ww. warunku udziału w postępowaniu przez pozostałe roboty wskazane w wykazie robót budowlanych nie była pomiędzy stronami sporna (oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie).

Pismem z dnia 28 maja 2020 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba uznała, iż zdjęcia złożone na rozprawie przez odwołującego jako dowody nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wymaga wyjaśnienia, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Natomiast pod pojęciem zarzutu rozumie się wskazaną w treści odwołania podstawę prawną oraz przytoczone okoliczności faktyczne. W przypadku zarzutu braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez innego wykonawcę, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, odwołujący powinien wskazać okoliczności faktyczne świadczące o zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu, odnoszące się do poszczególnych wymogów zawartych w opisie warunku, których spełnienie kwestionowane jest przez odwołującego. W niniejszej sprawie zarzuty odwołania w zakresie podstawy faktycznej sprowadzały się do braku potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z tego powodu, że roboty budowlane, na które wskazał ten wykonawca w wykazie robót nie odnosiły się do studni betonowych, lecz przepompowni (zawarty w opisie warunku wymóg renowacji studni betonowych). W treści odwołania odwołujący nie podnosił okoliczności odnoszących się do innego wymogu zawartego w opisie ww. warunku udziału w postępowaniu, tj. wykonania renowacji metodą paneli GRP - zarzuty w tym zakresie zostały podniesione dopiero na etapie rozprawy i na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Natomiast odnosząc się do zarzutu postawionego w treści odwołania należy wskazać, iż treść wykazu robót budowlanych jak i treść referencji złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. na potwierdzenie należytego wykonania robót zawartych w pozycji pierwszej i czwartej wykazu robót wyraźnie wskazywała, iż przedmiotem realizacji tych robót były studnie (w opisie wykonanej pracy wskazano między innymi: „Włożenie do studni odpowiednio przygotowanego panelu tworzywowego GPR wykonanego z laminatu na bazie maty szklanej oraz żywicy poliestrowej oraz jego przymocowanie do ścian - Wypełnienie przestrzeni pomiędzy starą a nową studnią masą iniekcyjną o wytrzymałości na ściskanie 20 MPa”). Wymaga przy tym podkreślenia, iż interpretacji treści postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu należy dokonywać w oparciu o ich dosłowne brzmienie. Nie jest dopuszczalne uzupełnianie opisu warunku udziału w postępowaniu o treści, które nie zostały w nim wyrażone. Warunek udziału w postępowaniu, do którego odnosiły się zarzuty odwołania, dotyczył renowacji studni betonowych metodą paneli

GRP. Nie wskazywał konkretnej lokalizacji studni, nie wykluczał możliwości umiejscowienia studni w ramach innego obiektu, jak i nie konkretyzował metody paneli GRP. Mając na uwadze treść opisu warunku zawartą w rozdziale VI11 pkt 3.3 lit. a) SIWZ Izba stwierdziła, że odwołujący nie zakwestionował skutecznie spełniania tego warunku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. Odwołujący oparł swoją argumentację o własne przeświadczenie co powinno stanowić warunek udziału w postępowaniu (mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia), a nie o treść tego warunku zawartą w postanowieniu SIWZ. W konsekwencji odwołujący dokonał rozszerzającej wykładni postanowienia zawartego w rozdziale VI11 pkt 3.3 lit. a) SIWZ. W związku z tym należy dodać, że postanowienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczą między innymi sposobu realizacji zamówienia, na które dopiero przeprowadzane jest postępowanie. Nie odnoszą się one do warunków udziału w postępowaniu, o ile nie zostało to wyraźnie wskazane w treści SIWZ. Dopuszcza się dokonywanie interpretacji warunku poprzez odwołanie się do postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jednakże może to mieć miejsce w sytuacji, gdy treść opisu warunku budzi wątpliwości. W niniejszej sprawie treść ww. warunku udziału w postępowaniu została w ocenie Izby sformułowana jednoznacznie i nie było potrzeby stosowania innych wykładni niż językowa, w tym poprzez odwołanie się do postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku wykonawcy

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kwoty poniesionej tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie bowiem z przepisem § 5 ust. 3 ww. rozporządzenia zasądzenie od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2 tego rozporządzenia, może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji wniesienia przez tego uczestnika sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu - co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

**Przewodniczący:**