

WYROK
z dnia 9 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: –

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MGGP S.A (Lider), MGGP Aero Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla lidera konsorcjum w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku**,

przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ARCADIS Sp. z o.o. (Lider), OPEGIEKA Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera w zgłaszających do postępowania konsorcjum Warszawie**, przystąpienie odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MGGP S.A (Lider), MGGP Aero Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla lidera konsorcjum w Tarnowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MGGP S.A (Lider), MGGP Aero Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla lidera konsorcjum w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MGGP S.A (Lider), MGGP Aero Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą**

1

dla lidera konsorcjum w Tarnowie na rzecz Zamawiającego **Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku**, kwotę 3 500 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 26 lutego 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz MGGP Aero Spółka z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zwanym dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn.: „Wykonanie koncepcji programowo - przestrzennej zarządzania wodami opadowymi w zlewni rzeki Słupi” prowadzi Zamawiający: Miasto Słupsk reprezentowane przez: Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku. Ogłoszenie

o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2015 r. pod pozycją 2015/S 248-451956. Kopię odwołania złożono u Zamawiającego, Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechania czynności oraz czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Konsorcjum firm Arcadis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, dalej „konsorcjum Arcadis”;
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy konsorcjum Arcadis z postępowania pomimo braku wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w pkt 9 ust. 1 pkt. 2) tiret pierwsze tj. wykazaniu wykonania koncepcji programowo przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km²;
3. ewentualnie zaniechaniu wezwania konsorcjum firm Arcadis do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w SIWZ w pkt 9 ust. 1 pkt. 2) tiret pierwsze tj. wykazaniu wykonania koncepcji programowo - przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km² i/lub złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie;
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

3

2. ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 1: naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania konsorcjum Arcadis do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykazaniu wykonania koncepcji programowo - przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km²;
3. naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Arcadis i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. naruszenie art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia konsorcjum Arcadis z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum Arcadis do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w odwołaniu i wyników powtórzonych czynności oceny ofert.

Odwołujący powziął informację o wymienionych czynnościach Zamawiającego w dniu 17 lutego 2016 r. roku poprzez doręczenie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. 10 dniowy ustawowy termin do wniesienia odwołania, określony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu a jego prawidłowo przygotowana oferta miała drugą pod względem korzystności ocenę pośród ofert złożonych w postępowaniu. Oferta Odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą

w konsekwencji zaniechań i działań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że dla oceny ofert decydujące znaczenie miało jedno z kryteriów tj. najniższa cena (w zakresie drugiego kryterium wszyscy wykonawcy otrzymali po tyle samo

4

punktów), to właśnie Odwołujący uzyskałby zamówienie gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził czynność badania ofert i wykluczył wykonawcę konsorcjum Arcadis. Tym samym, na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, Odwołujący poniósł szkodę. Działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do utraty przez Odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysków, które planował on osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający ogłosił postępowanie na realizację usługi pn.: *Wykonanie koncepcji programowo - przestrzennej zarządzania wodami opadowymi w zlewni rzeki Słupi*. Określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający między innymi zawarł wymóg aby wykonawca posiadał odpowiednią wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał *co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu koncepcji programowo - przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km²* [pkt 9 ust. 1 pkt 2) tiret pierwsze SIWZ]. Takie określenie warunku udziału w postępowaniu pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia, którego jednym z głównych elementów jest opracowanie modeli sieci kanalizacji deszczowej. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu obejmuje on w szczególności:

1. pozyskanie i opracowanie danych geoprzestrzennych wskazanego obszaru kwalifikowanego uwzględniając niezbędną rezerwę powierzchni dla prawidłowej oceny i analizy tych danych,

2. opracowanie wstępnego modelu sieci kanalizacji deszczowych,
3. sporządzenie raportu końcowego, w którym zebrane będą wszystkie informacje oraz analizy danych wykonane na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu oferty złożyło czterech Wykonawców, w tym oprócz Odwołującego, konsorcjum Arcadis. Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia Konsorcjum przedstawiło usługę zrealizowaną przez Arcadis Sp. z o.o. dla Urzędu Miasta Brwinów, a polegającą na wykonaniu opracowania pn.: *Opracowanie strategii kompleksowego programu uregulowania gospodarki wodnej z koncepcją programowo - na obszarze inwentaryzacją oraz przestrzenną Podwarszawskiego Trójmiasta Ogrodów. Etap 1) Inwentaryzacja urządzeń wodnych na terenie gmin Podwarszawskiego Trójmiasta Ogrodów. Etap 2) Koncepcja programowo - przestrzenna całościowego uregulowania i ochrony stosunków wodnych na terenie gmin Podwarszawskiego Trójmiasta Ogrodów*. Wykonawca dołączył do swojej oferty referencje z dnia 21 stycznia 2016 r. stwierdzające prawidłowość wykonania tego zamówienia. Z dokumentu referencji wynika, że prace wykonane przez Arcadis Sp. z o.o. obejmowały:

5

1. wykonanie inwentaryzacji w oparciu o udostępnione materiały, wizje terenowe oraz pomiary geodezyjne istniejących urządzeń wodnych w postaci rzek i rowów, zbiorników retencyjnych, istniejących budowli inżynierskich i sieci kanalizacji deszczowej oraz ich charakterystyka hydrologiczna i hydrauliczna;
2. dokonanie podziału obszaru na główne zlewnie cząstkowe istotne dla gospodarki wodnej, w której istnieje sieć kanalizacji deszczowej;
3. wykonanie obliczeń hydrologicznych za pomocą modelu opad-odpływ dla zlewni o sumarycznej powierzchni ok. 115 km²;
4. opracowanie analiz przejścia fali powodziowej dla głównych cieków w gminach na łącznej długości ok. 40 km z uwzględnieniem stanu aktualnego oraz perspektywicznego obejmującym planowane zmiany zagospodarowania zlewni, w oparciu o modelowanie hydrauliczne za pomocą oprogramowania Mike'u 11;
5. dokonanie wariantowych analiz możliwych odwodnień na terenie gmin PTO, opartych na zagospodarowaniu wód w miejscu ich powstawania oraz odprowadzeniu do zbiornika;
6. określenie lokalizacji i parametrów dla istniejących oraz nowych zbiorników

retencyjnych,

7. opracowanie rozwiązań ograniczających zagrożenie powodziowe oraz minimalizujących straty związane z lokalnymi podtopieniami;
8. przygotowanie wspólnego programu i realizacja działań z zakresu ochrony jakości wód gruntowych przed zanieczyszczeniami;
9. opracowanie studium wykonalności dla uregulowania gospodarki wodnej, uwzględniającego aspekty środowiskowo- techniczno- finansowo- prawno - własnościowe z analizą efektywności działań technicznych ze wskazaniem działań priorytetowych oraz rozwiązań ograniczających zagrożenie powodziowe;
10. opracowanie strategii określającej rodzaj działań, które mają być adekwatne do wielkości szkód wyrządzonych podtopieniami i ich ewentualnym zapobieganiem;
11. wykonanie map poglądowych ściennych przedstawiających wyniki prac zrealizowanych w ramach poszczególnych działań (...)
12. pozyskanie opinii właściwych organów w zakresie konieczności przeprowadzenia tzw. strategicznej oceny oddziaływania na środowisko dla przedmiotowego opracowania;
13. udział w konsultacjach społecznych projektu dokumentu koncepcji programowo - przestrzennej.

W dniu 17 lutego 2016 r. Zamawiający w oparciu o kryteria oceny ofert w postępowaniu dokonał wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Arcadis jako najkorzystniejszej. Zamawiający zaakceptował przedstawione przez Konsorcjum informacje dotyczące posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W opinii Odwołującego usługa wykonana przez Arcadis Sp. z o.o. dla Gminy Brwinów nie może być uznana za wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 9 ust. 1 pkt 2 tiret pierwsze SIWZ. Trzeba wskazać, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wykazali się wykonaniem koncepcji programowo-przestrzennej sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km² lub wykonaniem modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km². Natomiast usługa mająca potwierdzić posiadanie wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum nie dotyczyła kanalizacji deszczowej (z wyłączeniem jej inwentaryzacji), co wynika z załączonych przez Wykonawcę referencji oraz opisu przedmiotu zamówienia dla tego postępowania dostępnych na stronie internetowej Gminy Brwinów. Przedmiotem owego zamówienia było bowiem przygotowanie kompleksowego programu uregulowania gospodarki wodnej na terenie Podwarszawskiego Trójmieścia Ogrodów, poprzedzone wykonaniem inwentaryzacji istniejących urządzeń gospodarki wodnej pod względem hydrologicznym i hydraulicznym. Wykonawcy mieli zebrać wszystkie dane konieczne do wykonania koncepcji wraz z wyznaczeniem koniecznych terenów do odwodnień i wspólnych koniecznych działań gmin PTO w celu uporządkowania gospodarki wodnej. Zamawiający - Gmina Brwinów wymagał aby przygotowywana, koncepcja kompleksowo uwzględniała potrzeby fizjocenotyczne i urbanistyczne. Modernizacja urządzeń wodnych musiała być poprzedzona po analizie wszystkich uwarunkowań. Działania techniczne jakie należy podjąć powinny obejmować dwa horyzonty czasowe: obecne i potrzeby docelowe (perspektywiczne). Opracowana Strategia ma określać rodzaj podjętych działań, które mają być adekwatne do wielkości szkód wyrządzanych podtopieniami i ich ewentualnym zapobieganiem. Wykonawca miał udostępnić wszystkie opracowania i dokumentacje, które są w dyspozycji Zamawiającego oraz Spółki Wodnej Milanówek i Spółki Wodnej Brwinów. Opracowana strategia kompleksowego programu uregulowania gospodarki wodnej z inwentaryzacją oraz koncepcją programowo - przestrzenną na obszarze Podwarszawskiego Trójmieścia Ogrodów, powinna wpłynąć na poprawę równowagi przyrodniczej oraz stabilizację mikroklimatu, gdyż niezmiennie istotną sprawą jest harmonijne współdziałanie gospodarki wodnej i ochrony środowiska na rzecz zrównoważonego rozwoju. Podejmowane działania powinny ograniczyć ryzyko wystąpienia podtopień oraz zapobiegać odwodnieniu w sztuczny sposób parków, zieleńców i trawników miejskich pozbawiając ich naturalnego nawadniania. Należy zastosować urządzenia wodne, które umożliwią zatrzymanie jak największej ilości wód na terenach zieleni miejskiej z wykorzystaniem retencji wód w istniejących rowach odwodnieniowych z zastosowaniem urządzeń wodnych. Opracowanie powinno być pomocne przy opracowaniu strategii rozwoju terenów zieleni.

lecz nie dotycząca sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km² lecz całościowego uregulowania i ochrony stosunków wodnych na terenie gmin Podwarszawskiego Trójmieścia Ogrodów.

Jak wynika z analizy opisu przedmiotu zamówienia w przywołanym wyżej postępowaniu, Wykonawca wykonywał koncepcję programowo - przestrzenną dotyczącą koryt otwartych tzn. rowów odwodnieniowych (RS-11, RS11/10, G-2, Rów Grudowski, ZW-13) i cieków naturalnych (rzeka Rokitnica Stara, rzeka Zimna Woda), a nie koryt zamkniętych tzn. kanalizacji deszczowej, znajdującej się pod ziemią. Celem opracowania objętego referencjami zrealizowanego przez Arcadis było opracowanie modeli hydrologicznych. Trzeba wskazać, że modelowanie hydrologiczne dotyczy tylko i wyłącznie rzek, cieków rowów, a nie kanalizacji deszczowej. Zagłębiając się w Opis przedmiotu zamówienia zrealizowanego przez Arcadis (strona 4 pkt. 9 , 10, 11) można uznać, że wykonano jedynie model sieci rzecznej a na jego podstawie opracowano koncepcję w zakresie sieci rzecznej. Wykonawca nie wykonał również w ramach wskazanego wyżej zadania modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km². Opracowany w ramach tej koncepcji model, o którym mowa w tiret trzecim referencji przedłożonych przez Konsorcjum także dotyczył koryt otwartych, co jest zupełnie innym zagadnieniem niż modelowanie koryt zamkniętych, a do takich zalicza się właśnie kanalizacja deszczowa. Dodatkowo model dotyczący koryt otwartych opracowują zupełnie inni specjaliści niż model dotyczący koryt zamkniętych (tu: kanalizacji deszczowej).

Tak więc załączone referencje oraz opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wskazują, że zakres rzeczowy Koncepcji programowo - przestrzennej wykonanej przez Arcadis nie dotyczył sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km².

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się wykonaniem koncepcji programowo - przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi dla zlewni o powierzchni przynajmniej 40 km² . Natomiast prace Arcadis dotyczyły powierzchni brutto zlewni dla systemu rzecznoego a nie kanalizacji deszczowej. Biorąc pod uwagę uzyskane przez Odwołującego informacje o długości kanalizacji deszczowej w gminach, na terenie których Arcadis realizowała koncepcję tj. Milanówek (brak kanalizacji deszczowej), Podkowa Leśna (brak kanalizacji deszczowej), Brwinów (22,5 km) należy uznać, że także spełnianie warunku dotyczącego wielkości obszaru objętego pracowaniem nie zostało wykazane przez Konsorcjum. Nie może być wątpliwości, że obszar zlewni dla tak niewielkiej długości kanalizacji nie będzie wynosił aż 40 km².

Podsumowując całość zarzutów objętych Odwołaniem podkreślił że, gdyby Zamawiający postępował prawidłowo i nie naruszył przepisów ustawy w zakresie wskazanym w zarzutach powinien był wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ a co najmniej wezwać Konsorcjum do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Z tego powodu odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu z powodu niespełniania warunku udziału oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 3 marca 2016 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm Arcadis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, dalej „konsorcjum Arcadis” lub „Przystępujący”. Przystąpienie spełniało warunki formalne i uznane zostało a skuteczne. Wykonawca przedstawiając pisemną argumentację wnosił o oddalenie odwołania w całości.

9

Izba uwzględniła opozycję Zamawiającego i postanowiła o niedopuszczeniu wykonawcy FPP Enviro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako przystępującego po stronie Odwołującego. Zdaniem składu orzekającego wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony, do której zgłosił przystąpienie. Wykonawca składający zgłoszenie został wykluczony z postępowania, decyzji tej nie zakwestionował i w związku z upływem terminu na korzystanie ze środków ochrony prawnej, decyzja ta uzyskała charakter ostateczny, co oznacza, że wykonawca składający przystąpienie utracił przymiot wykonawcy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem bez znaczenia dla jego sytuacji prawnej pozostaje decyzja, która zapadnie w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej zarządzania wodami opadowymi w zlewni rzeki Słupi na obszarze kwalifikowanym w obrębie czterech samorządów, tj. miasta Słupsk, gminy Słupsk, gminy Kobylnica i miasta Ustka, zwanych Jednostkami Samorządu Terytorialnego (JST).

Zamawiający w SIWZ ustalając warunki udziału w postępowaniu oraz oświadczenia lub dokumenty, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zaznaczył, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, rozumiane jako należyte wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia polegającego na: wykonaniu koncepcji programowo-przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km². Należało także podać przedmiot usług, daty wykonania, powierzchnię i podmioty, na rzecz których usługi zostały wykonane należycie.

W celu potwierdzenia spełniania warunku Wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz usług wykonanych należycie. Dowodami należytego wykonania usług mogły być: poświadczenie że usługi te zostały wykonane należycie. W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 9.1.2), zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie miał obowiązku przedkładania dokumentów poświadczających, że wykazane usługi zostały wykonane należycie. Można było złożyć oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia.

10

Konsorcjum Arcadis w ofercie przedstawiło wykaz usług potwierdzający wykonanie usługi polegającej na „Przygotowaniu kompleksowego programu uregulowania gospodarki

wodnej na obszarze Podwarszawskiego Trójmiaŝta Ogrodów" w 2015 roku wraz z referencjami wystawionymi przez Gminę Brwinów. W wykazie wskazano, że etap 1 obejmował inwentaryzację urządzeń wodnych na terenie gmin Podwarszawskiego Trójmiaŝta Ogrodów, etap 2 zaś stworzenie koncepcji programowo-przestrzennej i na terenie gmin całościowego uregulowania ochrony stosunków wodnych Podwarszawskiego Trójmiaŝta Ogrodów, dla zlewni o powierzchni 115 km². Z referencji datowanej na 21 stycznia 2016 roku wynika, że prace zakończyły się w listopadzie 2015 roku. Zakres zamówienia tożsamy jest z zakresem wskazanym przez Odwołującego w odwołaniu. Wystawca referencji dodał, że z powierzonego zadania wykonawca Arcadis wywiązał się terminowo, z należytą starannością, a także kreatywnym i rzetelnym podejściem. Dokumentacja została wykonana profesjonalnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wiedzą merytoryczną.

W dniu 17 lutego 2016 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej za taką uznając ofertę konsorcjum Arcadis.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Kwestią najistotniejszą w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym jest dokonanie wykładni ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego związanego z posiadaniem przez wykonawcę określonego poziomu wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający wymagał wykonania koncepcji programowo-przestrzennej lub modelu sieci kanalizacji deszczowej do zarządzania wodami opadowymi na terenie zlewni o powierzchni min. 40 km².

Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego, iż warunek ten można było zinterpretować w ten sposób, że możliwe było przedstawienie dokumentów potwierdzających wykonanie opracowania o szerszych ramach i zakresie przedmiotowym, a więc koncepcji programowo-przestrzennej (nie tylko związanej z siecią kanalizacji deszczowej, jak wskazywał Odwołujący) lub opracowania w postaci modelu sieci kanalizacji deszczowej, a każda z tych prac związana miała być z zarządzaniem wodami opadowymi na terenie zlewni o określonej powierzchni minimalnej. Zatem sformułowanie „sieć kanalizacji deszczowej” w warunku odnosiła się do modelu, niekoniecznie zaś do koncepcji, która mogła mieć szerszy zakres i jako opracowanie obejmować całokształt zarządzania wodami opadowymi na określonym terenie. Tylko w przypadku opracowania

11

modelu Zamawiający doprecyzował warunek, że jego wykonanie musi być związane z siecią kanalizacji deszczowej a nie innym rodzajem wód opadowych. Jak słusznie w piśmie procesowym zauważył Przystępujący, część opracowania związana z opisem sieci kanalizacji deszczowej stanowi jedynie element koncepcji. Zamawiający ustalił zatem, że wykonawcy mogą legitymować się doświadczeniem o szerszym zakresie (w przypadku wykonywania koncepcji, w której i tak należy ująć uregulowania związane z siecią kanalizacji deszczowej) lub doświadczeniem w wykonywaniu modeli ale ściśle już związanych z kanalizacją deszczową. Za takim rozumieniem i interpretacją warunku udziału przemawia wykładnia literalna zapisów SIWZ. Także zastosowanie wykładni funkcjonalnej prowadzi do podobnych wniosków. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający oczekiwał będzie od wybranego wykonawcy opracowania kompleksowej koncepcji zarządzania wodami opadowymi w zlewni rzeki Słupi, a głównym celem postępowania jest określenie optymalnego modelu dla zarządzania tymi wodami, w taki właśnie sposób należało odczytywać intencje Zamawiającego płynące z brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, jeżeli możliwe jest kilka sposobów interpretacji warunku udziału w postępowaniu, należy postępować zgodnie z możliwie najszerszym rozumieniem danego warunku, maksymalnie korzystnie dla wykonawców biorących udział w postępowaniu i zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Nie jest bowiem dopuszczalna taka interpretacja zapisów SIWZ, która rodziłaby po stronie wykonawców negatywne konsekwencje. Jeżeli sposób rozumienia, czy też interpretacji warunku udziału w postępowaniu nie został ustalony na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jest przed otwarciem ofert, na etapie oceny złożonych ofert kierować należy się takim rozumieniem warunku, który nie ogranicza kręgu wykonawców

zdolnych do uzyskania zamówienia. Poza tym, zdaniem Izby zupełnie nielogicznym byłoby działanie Zamawiającego, który za prawidłowy poziom doświadczenia uznawałby jedynie koncepcję programowo-przestrzenną odnoszącą się stricte do kanalizacji deszczowej, a za niedopuszczalne uznawałby doświadczenie obejmujące szerszy zakres przedmiotowy, to jest wykonanie kompleksowego opracowania zarządzania wodami opadowymi.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający wystarczająco jasno i klarownie opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w ustalonym wyżej rozumieniu, także w zakresie w jakim na potwierdzenie ich spełnienia, wymagał złożenia wykazu wykonanych/wykonywanych usług z podaniem ich, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w formie poświadczenia lub oświadczenia wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

12

Przystępujący załączył do oferty Wykaz usług wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat, w którym wykazano usługę opracowania koncepcji programowo-przestrzennej całościowego uregulowania i ochrony stosunków wodnych na wymienionym w referencji terenie o określonej powierzchni, określono datę realizacji zamówienia oraz jego przedmiot zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Załączono także dokument potwierdzający należyte wykonanie wskazanej usługi.

W ocenie składu orzekającego Izby, referencja złożona zawiera informacje, które w wystarczający sposób identyfikują wykonaną usługę, zawiera nagłówek potwierdzający nazwę wystawcy referencji, a także szczegółowo opisany jest zakres przedmiotowy opracowania, będący istotną informacją z punktu widzenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, że referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w a jedynie - postępowaniu, potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych usług, powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Przedłożone przez Przystępującego oświadczenie spełnia powyższe wymogi. Nie zawiera ono żadnych treści sprzecznych z treścią złożonego wykazu. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca.

Izba zważyła również, że Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności wskazujących, że informacje o usłudze przedstawione w wykazie są nieprawdziwe i nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. List referencyjny wystawił podmiot, na rzecz którego zrealizowana była usługa. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby fakt, że Przystępujący złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające, że usługa wskazana w wykazie została wykonana należycie i potwierdza zakres rzeczowy, przedmiotowym ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymogami SIWZ i nie złożył w tym zakresie jakichkolwiek informacji, które można byłoby uznać za nieprawdziwe.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał również, że wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganej powierzchni minimalnej opracowania, to jest wielkości 40 km². Argumentacja ta nie znajduje oparcia, tak w zapisach SIWZ, jak również w ofercie Przystępującego. Warunek udziału w postępowaniu odnosi się zdaniem składu orzekającego Izby do całościowej wielkości zlewni, a nie do

13

wielkości zlewni związanej z kanalizacją deszczową. Biorąc pod uwagę informacje płynące z wykazu usług i referencji, z których to dokumentów wynika, że całkowita powierzchnia zlewni dla opracowania wynosiła 115 km², nie można za prawidłowe uznać twierdzeń Odwołującego, że to powierzchni zlewni dla kanalizacji deszczowej powinna wynosić co

najmniej 40 km². Także w tym zakresie za nieprzydatną do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu należało uznać mapę poglądową przygotowaną przez Odwołującego. Pomijając okoliczność, że nie zostały przedstawione informacje (dane) wyjściowe, które posłużyły Odwołującemu do wyliczeń, to obliczenia odnosiły się do powierzchni zlewni związanych z kanalizacją deszczową, nie zaś z całkowitą powierzchnią zlewni wód opadowych, a z wielkością tej powierzchni związana była ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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: