Sygn. akt: KIO 1113/16

WYROK
z dnia 8 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2016 r. przez wykonawcę : **W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F., Ozimek** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę : **W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F., Ozimek,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F., Ozimek** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F., Ozimek** na rzecz zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 1113/16

Uzasadnienie

Zamawiający, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Niegocińskiego w m. Giżycko". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.04.2016 r. pod nr 81730-2016 (zmiany ogłoszenia - w dniu 14.04.2016 r. nr 87838- 2016, dniu 19.04.2016 r., nr 96136-2016, dniu 27.04.2016 r., nr 105112-2016).

Wykonawca, W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F. z siedzibą w Ozimku, wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz wobec wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez HYDROBUD K. Sp.j. z siedzibą w Białymstoku.

W dniu 21.06.2016 r. Odwołujący otrzymał pismo Zamawiającego z dnia 20.06.2016 r. zawierające informację m.in. o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt

4 Pzp. Uzasadniając wykluczenie Zamawiający wskazał, że Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt. 3.1 SIWZ załączył do oferty wykaz robót budowlanych obejmujących siedem inwestycji, które nie spełniają łącznie przesłanek warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że wymagane zadania miały dotyczyć ubezpieczeń brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek, projektowana odbudowa kanału polega na obustronnym umocnieniu brzegów kanału ścianką stalową z oczepem żelbetowym, przedmiotowe prace będą wykonywane w bezpośrednim kontakcie z wodą i dlatego Zamawiający wymagał, aby opisane ubezpieczenia dotyczyły brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek i wykonawca miał doświadczenie w pracach ubezpieczeniowych tego typu, zaś wały przeciwpowodziowe są budowane w pewnej odległości od brzegów np. rzek i prace związane z ich ubezpieczeniem np. grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym są wykonywane „na sucho", bez kontaktu z wodą, czego nie zmienia okoliczność, że w momencie wystąpienia rzeki z brzegu ubezpieczenie wału jest poddawane weryfikacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, co skutkowało błędnym i nieuprawnionym zastosowaniem art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 w pkt. 5 Pzp,
2) art. 5a ust. 2 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem wymogów przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji,
3) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4) art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,
5) art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez odmówienie Odwołującemu prawa ubiegania się o udzielenie zamówienia pomimo spełnienia warunków dotyczących wymaganej wiedzy i doświadczenia.
6) art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie, w jakim Zamawiający miał wątpliwości dotyczące spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. (Odwołujący sprostował zarzut na rozprawie, poprzez wskazanie zamiast art. 87 ust. 1 – przepisu art. 26 ust. 4 Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia Odwołującego,
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.
Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotą wpisu oraz pozostałymi kosztami postępowania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może przy dokonywaniu oceny i badania ofert formułować i stawiać warunków udziału w postępowaniu nie wskazanych wyraźnie w SIWZ, czy też zmieniać, rozszerzać lub uzupełniać, ponad literalną treść SIWZ, znaczenia albo sposobu rozumienia tych warunków.

W treści SIWZ Zamawiający nie sformułował warunku wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonywaniu robót w kontakcie z wodą i nie warunkował pozytywnej oceny wiedzy i doświadczenia wykonawców wykazaniem zrealizowania zadań w kontakcie z wodą. Różnicowanie sytuacji prawnej wykonawców w postępowaniu według kryterium wykonywania zadań określonych w SIWZ „na mokro” czy też „na sucho" nie ma jakiejkolwiek podstawy i nie znajduje uzasadnienia. Dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu znaczenie ma wyłącznie treść zawarta w S!WZ, tj. doświadczenie w realizacji zadań polegających na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca wykazujący wykonanie co najmniej 2 zadań o wartości każdego z nich za min. 1 000 000 zł brutto, polegających na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi, spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy prace takie wykonywał w kontakcie z wodą czy „na sucho".

Odwołujący wyjaśnił, że ze względu na różną głębokość posadowienia ścianek

szczelnych i oczepu, mając na uwadze małą odległość od koryta rzeki, wielokrotnie prace

były prowadzone w kontakcie z wodą, z koniecznością odwadniania, co w znacznym stopniu utrudniało prowadzenie robót. Z kolei prowadzenie robót ubezpieczeniowych brzegów rzek i kanałów, w tym robót polegających na zabiciu ścianek szczelnych stalowych z oczepem, wcale nie musi być wykonywane, jak to sugeruje Zamawiający, w kontakcie z wodą, czego najlepszym przykładem są zrealizowane potężne kontrakty hydrotechniczne w ramach Wrocławskiego Węzła Wodnego, gdzie całe odcinki kanałów na czas robót były zamknięte przed napływem wody grodziami, a wodę odpompowano i wszelkie roboty prowadzone były na sucho.

Odwołujący, mając na uwadze rodzaj robót stanowiących przedmiot zamówienia oraz określone w SIWZ i wyjaśnieniach warunki udziału w postępowaniu, przedłożył w ofercie referencje, które w ocenie Odwołującego potwierdzały spełnienie wymagań dotyczących wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie ubezpieczenia brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek.

Składając ofertę, Odwołujący miał też na uwadze, że w odpowiedzi na zapytania wykonawców, w zestawie nr 6 na pytanie nr 10, które brzmiało: „Zgodnie *ze SIWZ pkt 3.1 Wykonawca musi wykazać* że *zrealizował 2 zadania o wartości każdego z nich minimum 1 000 000 złotych brutto polegające na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych grodzicami stalowymi z oczepem* żelbetowym *lub grodzicami winylowymi; Prosimy o potwierdzenie,* że *kwota podana w warunku opisanym w pkt 3.1 SIWZ dotyczy wykonania* ścianek *szczelnych stalowych lub winylowych zwieńczonych oczepem, a nie całej inwestycji, na której roboty te zostały wykonane",* Zamawiający wyjaśnił, że dotyczy ***„Kwota*** ubezpieczeń brzegu", a tym samym Zamawiający określił, iż kwota wskazana w pkt. 3.1 SIWZ dotyczy ubezpieczeń brzegu (bez żadnych ograniczeń) i że warunek określony w pkt. 3.1 SIWZ nie oznacza konieczności wykazania się wykonaniem w ramach danego zadania ścianek szczelnych stalowych lub winylowych na wartość co najmniej 1 000 000 zł lecz odnosi się do całości robót.

Odwołujący w celu wykazania spełnienia powyższych warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, załączył do oferty między innymi referencje z dwóch zadań, dotyczące:
1) zadania pn.: „Budowa lewostronnego wału rzeki Odry pn. Cisek - Dzielniczka zad. I".

W odniesieniu do tego zadania Odwołujący przedłożył dodatkowo protokół odbioru częściowego wykazując w nim wartość wykonanych robót na kwotę 2 288 429,84 zł netto. Wartość ścianek szczelnych wykonanych w ramach wymienionego zadania wynosi brutto: 1 180 680,53 zł brutto, na dowód czego Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem wyciąg z kosztorysu ofertowego (z uwagi na krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego na odpowiedź uzupełniającą do oferty oraz okoliczność, że zadania wymagające udokumentowania referencjami zgodnie z SIWZ najczęściej są elementami zadań zrealizowanych, nie zaś wartościami całych zadań, fizyczną niemożliwością było uzyskanie

uzupełnienia do referencji). Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 04.06.2016 r. których Zamawiający nie kwestionował, że śluza i jaz są budowlami ubezpieczeniowymi brzegu rzek a roboty związane z budową śluzy i jazu są robotami konstrukcyjnymi żelbetowymi o większym stopniu trudności niż wykonanie oczepu żelbetowego na ściance szczelnej, wartość robót wykonanych tylko w tym zakresie przekroczyła kwotę 2 200 000 zł. Tym samym przedłożone referencje z ww. zadania w pełni spełniają nałożone na wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wymogi w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości dotyczące wartości robót obejmujących ubezpieczenia brzegów (co wynika z treści pisma informującego o wykluczeniu), to winien był zwrócić się do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie tych wątpliwości.
2) zadania inwestycyjnego pn.: „Odbudowa koryta cieku Wapienica wraz z nadbudową obwałowań w km 1+200 - 5+600 w m. Ligota gm. Czechowice-Dziedzice, pow. bielski woj. śląskie w zakresie km 1+670-4+260", tj. rzeki Wapienica.

W odniesieniu do tego zadania zarówno w referencjach, jak i w wyjaśnieniach wykazano, że całość wykonanych robót wynosiła 5 058 805,56 zł brutto, z czego wartość

robót polegających na ubezpieczeniu brzegów rzeki wynosiła 1 558 269,31 zł brutto (netto 1 266 885, 62 zł). Tym samym referencje dla ww. zadania spełniły warunki postawione w SIWZ i w wyjaśnieniach Zamawiającego.

W związku z powyższym, Odwołujący udokumentował spełnienie warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w SIWZ. Chcąc jednak możliwie najszerzej udokumentować Zamawiającemu doświadczenie własne w realizacji podobnych zadań, które również spełniają warunki SIWZ, Odwołujący zawarł w wykazie wykonanych zadań i przedłożył w ofercie także referencje z kolejnych wykonanych zadań.

Odwołujący wyjaśnił, że ubezpieczenie brzegów rzek jest jednym z zabiegów regulacji rzek. Regulację prowadzi się w celu zwiększenia przepustowości koryta oraz zmniejszenia niebezpieczeństwa wylania wody, regulacja rzeki ma również znaczenie dla udostępnienia jej dla celów żeglugi. Najczęściej wprowadza się od razu cały szereg działań w celu uregulowania nurtu o względnie stałej prędkości oraz by nie zagrażała terenom do niej przyległym. Osiąga się to głównie poprzez ograniczenie terenów zalewowych wałami przeciwpowodziowymi.

Nie można rozpatrywać ubezpieczeń brzegów rzeki tylko i wyłącznie w odniesieniu do normalnych stanów wód, nie uwzględniając okresów wezbrań czy powodzi. Dlatego rozwiązania hydrotechniczne z reguły są rozwiązaniami kompleksowymi. Klasycznym przykładem jest ubezpieczenie brzegów rzeki Odry w Opolu, które są zarówno budowlą regulacyjną (ubezpieczeniem brzegu rzeki) i jednocześnie wałami przeciwpowodziowymi,

---

gdzie ścianka szczelna wraz z oczepem jest wałem przeciwpowodziowym będącym ubezpieczeniem brzegu rzeki.

Kolejnym przykładem, że wały przeciwpowodziowe stanowią ubezpieczenie brzegu rzeki, jest przygotowany do realizacji projekt pn.: „Budowa, przebudowa i modernizacja wału przeciwpowodziowego rzeki Odry „Rataje w mieście Brzeg woj. Opolskie", gdzie ścianka szczelna stalowa wraz z oczepem i narzutem kamiennym oraz koszami siatkowo - kamiennymi stanowi element wału przeciwpowodziowego i jednocześnie ubezpieczenie brzegu rzeki.

Wobec powyższego, również pozostałe referencje dotyczące zrealizowanych zadań potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w SIWZ.

Wykonawca HYDROBUD K. Sp.j. z siedzibą w Białymstoku, pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2016 r., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 6 lipca 2016 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 5 lipca 2016 r. – zawierające odpowiedź Zamawiającego na wniesione odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący błędnie rozumie warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 3.1 SIWZ. W myśl tego warunku należało wykazać min. dwa zadania, spełniające łącznie trzy przesłanki:

1. zadanie musiało polegać na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi,
2. wartość zadania miała wynosić minimum 1 000 000 zł brutto,
3. zadanie musiało być wykonane w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie.

Zamawiający wyjaśnił, że projektowana odbudowa kanału polega na obustronnym umocnieniu brzegów kanału ścianką szczelną stalową z oczepem żelbetowym. Prace będą wykonywane w bezpośrednim kontakcie z wodą, dlatego zamawiający wymagał aby opisane ubezpieczenia dotyczyły brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek. Zamawiający wyjaśnił, powołując się na portal wikipedia, że umocnienie brzegu - poprzez ich ubezpieczenie np. grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi – to sposób ukształtowania brzegu określonego akwenu, które dzięki podjęciu określonych robót, zapewnia stateczność i utrwalenie brzegu oraz zabezpiecza go przed erozją, w szczególności erozją wodną. Co do zasady wał przeciwpowodziowy takiej funkcji nie pełni. Jego rola spełnia się dopiero wówczas gdy brzeg akwenu zostaje przerwany na skutek

wzbierającej wody. Wały przeciwpowodziowe są wymienione w art. 9 ust. 1 pkt 1a Prawa wodnego jako przykład budowli przeciwpowodziowej. Zamawiający wskazał również na przepis art. 9 ust. 1 pkt 6c lit. c Prawa wodnego, który zawiera definicję obszaru szczególnie zagrożonego powodzią – jest to obszar pomiędzy linią brzegu a wałem przeciwpowodziowym lub naturalnie wysokim brzegiem, w który wbudowano trasę wału przeciwpowodziowego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, lokalizacją robót będzie brzeg kanału, a zatem prace będą wykonywane w kontakcie z wodą. Zamawiający przewidział technologię „z wody" wykonania robót (projekt wykonawczy), poprzez „Wykonanie stalowej ścianki szczelnej i oczepu żelbetowego przewiduje się z barki".

W świetle przedstawionego warunku, Odwołujący nie wykazał dwóch wykonanych robót, spełniających powyższe wymagania, o określonej wartości (min. 1 mln złotych). Zamawiający wyjaśnił, że tylko jedno zadanie wskazane w wykazie robót (pkt 7), spełnia wymaganie co do charakteru robót, jednak zadanie ma zbyt niską wartość.

Zamawiający wyjaśnił także, że w odpowiedzi na pytanie nr 10 (zestaw 6) dotyczące potwierdzenia, czy kwota 1 000 000 zł dotyczy wykonania wymaganych prac, a nie wartości całej inwestycji, wyjaśnił, że „Kwota dotyczy wyłącznie ubezpieczenia brzegu", a zatem jest to wymagana wartość robót, które należało wykazać w ramach warunku doświadczenia, tj. ubezpieczenia brzegów grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi i które stanowią kluczową część zamówienia w rozumieniu art. 36a ust. 2 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 Pzp są gołosłowne i nieprawdziwe, a zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 5a ust. 2 Pzp, są wynikiem jedynie nieznajomości przepisów Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Uwzględniając przepis art. 185 ust. 2 Pzp, Izba stwierdziła, że wykonawca HYDROBUD K. Sp.j. dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uchybieniem ustawowego 3-dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania powiadomieniu o wniesieniu odwołania. W związku z otrzymaniem kopii odwołania przez ww. wykonawcę w dniu 27 czerwca 2016 r., termin ten upłynął w dniu 30 czerwca 2016 r. Pismo zgłaszającego przystąpienie wykonawcy z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero w dniu 5 lipca 2016 r. Wykonawca HYDROBUD K. Sp.j. nie uzyskał zatem statusu uczestnika postępowania odwoławczego, gdyż przystąpienie zostało zgłoszone po upływie ustawowego terminu.

Zgodnie z pkt. 3.1 SIWZ, w postępowaniu, w celu wykazania wiedzy i doświadczenia wykonawca musiał wykazać, że wykonał w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - co najmniej 2 zadania o wartości każdego z nich min. 1 000 000 zł brutto, polegające na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi. Należało zatem wykazać dwa zadania spełniające łącznie następujące warunki:
- zadania musiały polegać na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych lub rzek grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym lub grodzicami winylowymi,

- wartość każdego zadania miała wynosić minimum 1 000 000 zł,
- zadanie musiało być wykonane w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie,

Powyższa treść warunku uwzględnia zmianę wprowadzoną w dniu 19 kwietnia 2016 r. w wyniku wyjaśnień Zamawiającego na pytania wykonawców, poprzez dodanie dodatkowo określenia „lub rzek".

Z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że projektowana odbudowa kanału ma polegać na obustronnym umocnieniu brzegów kanału ścianką stalową z oczepem żelbetowym, które to prace będą wykonywane w bezpośrednim kontakcie z wodą. Odwołujący nie kwestionował tego faktu.

Treść warunku udziału w postępowaniu ma kluczowe znaczenie przy kwalifikacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny być zatem określone w sposób jasny, jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy wobec braku zdefiniowania użytych w treści warunku pojęć, interpretacja warunku budzi wątpliwości na etapie oceny ofert. Wątpliwości takie muszą być

---

wyjaśnianie w oparciu o całościowe brzmienie SIWZ oraz wykładnię celowościową i funkcjonalną. Nie można posługiwać się jedynie literalnym brzmieniem warunku, wówczas gdy brzmienie warunku staje się nieadekwatne, nieproporcjonalne i niezwiązane z przedmiotem z przedmiotem zamówienia. Należy mieć na uwadze, że warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji m.in. doświadczenia wykonawcy, które powinno zapewniać prawidłową realizację zamówienia. Nie można więc interpretować warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w oderwaniu od charakteru i specyfiki danego przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia istotne jest doświadczenie w pracach ubezpieczeniowych brzegu zbiornika wodnego (kanału, basenu portowego lub rzeki) grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym wykonywanych w kontakcie z wodą. Taki rodzaj prac, tj. wykonanie ścianek szczelnych od strony wody, jest konieczny do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Spór interpretacyjny w tej sprawie koncentruje się wokół pojęcia „brzeg" kanału lub basenu portowego lub rzeki. Pojęcie powyższe w odniesieniu do kanału lub basenu portowego jest jednoznaczne, jako miejsce styku wody z terenem lądowym. Nie ma możliwości innej interpretacji, w związku z konstrukcją tych zbiorników. Inaczej jest w przypadku brzegu rzeki, który można interpretować jako miejsce styku wody i lądu, ale również szeroko, jako obszar przylegający do rzeki, co podnosił Odwołujący.

Biorąc pod uwagę fakt, że wszystkie rodzaje terenów wodnych wskazane w treści warunku dotyczyć mają doświadczenia w wykonywaniu takiego samego rodzaju prac, to oczywiste jest, że w ten sam sposób, jak brzeg kanału czy basenu portowego należy rozumieć pojęcie brzegu rzeki. Pojęcie „brzeg" w tym przypadku musi być rozumiane – jednolicie - w odniesieniu do wszystkich trzech rodzajów obszarów wodnych wymienionych w treści warunku. Nie można zatem przyjąć, że brzeg kanału oznacza krawędź na styku wody i lądu, a w przypadku rzeki brzeg oznacza teren lądowy (nieograniczony) przyległy do koryta głównego rzeki, jak to proponuje Odwołujący. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest słuszne i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno charakter robót obejmujących przedmiot zamówienia, jak i wykładnię celowościową, funkcjonalną i logiczną treści warunku, nie ulega wątpliwości, że warunek dotyczy wykonania robót polegających na ubezpieczeniu brzegu kanału, basenu portowego, a w przypadku rzeki – brzegu rzeki, w ścisłym rozumieniu – tj. jako styku wody i lądu, a nie jako terenu zalewowego, ograniczonego wałem przeciwpowodziowym.

W ocenie Izby, zrozumiała jest również odpowiedź Zamawiającego na pytanie 10 w zestawie nr 6 o treści „Zgodnie *ze SIWZ pkt 3.1 Wykonawca musi wykazać* że *zrealizował*

---

2 zadania o wartości każdego z nich minimum 1 000 000 złotych brutto polegające na ubezpieczeniu brzegów kanałów lub basenów portowych grodzicami stalowymi z oczepem żelbetowym *lub grodzicami winylowymi; Prosimy o potwierdzenie,* że *kwota podana*

w warunku opisanym w pkt 3.1 SIWZ dotyczy wykonania ścianek *szczelnych stalowych lub winylowych zwieńczonych oczepem a nie całej inwestycji, na której roboty te zostały wykonane", iż* „Kwota *dotyczy ubezpieczeń brzegu".* Z treści tego wyjaśnienia, w kontekście brzmienia zadanego pytania wynika jednoznacznie, że Zamawiający wymagał wykazania wartości zadań o opisanym zakresie robót, a nie wartości całej inwestycji, w skład której wchodziły wymagane prace. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Odwołującego, że tym samym Zamawiający określił, iż kwota wskazana w pkt. 3.1 SIWZ dotyczy ubezpieczeń brzegu o zakresie prac „bez żadnych ograniczeń", ponieważ takie rozumienie wskazywałoby na brak związku i nieproporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt. 3.1 SIWZ, załączył do oferty wykaz robót budowlanych obejmujących siedem inwestycji.

W wyniku wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia wykazu, Odwołujący złożył „wyjaśnienia i uzupełnienia" zawierające informacje dotyczące 5 z ww. zadań oraz jednego nowego zadania, niewymienionego w wykazie.

Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na dwa zadania spełniające, w jego ocenie, warunek określony przez Zamawiającego w SIWZ, dotyczący wymaganej wiedzy i doświadczenia, tj.:

1) zadanie pn.: „Budowa lewostronnego wału rzeki Odry pn. Cisek - Dzielniczka zad. I" (poz.3 wykazu).

Zadanie zostało uznane przez Zamawiającego jako spełniające wymaganie co do zakresu robót lecz ze względu na brak informacji co do wartości wykonania ubezpieczeń brzegu ścianką szczelną nie spełnia warunku w zakresie wymaganej wartości.

W ramach uzupełnienia wykazu na wezwanie Zamawiającego, w odniesieniu do tego zadania Odwołujący przedłożył protokół odbioru częściowego wykazując w nim wartość wykonanych robót ogółem na kwotę 2 288 429,84 zł netto. Dopiero w odwołaniu Odwołujący oświadczył, że wartość ścianek szczelnych wykonanych w ramach ww. zadania wynosi: 1 180 680,53 zł brutto, na dowód czego Odwołujący przedłożył wyciąg z kosztorysu ofertowego stanowiący załącznik do niniejszego odwołania. Informacja ta jest tym samym spóźniona. Wobec niewykazania przez Odwołującego powyższej wartości w ramach uzupełnienia wykazu robót, Zamawiający nie miał podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia po raz kolejny uzupełnienia wykazu o wymagane oświadczenie potwierdzającego spełnianie warunku w zakresie wartości wykonanego zadania. Powyższe stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż

wezwanie do uzupełnienia dokumentu w określonym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest możliwe tylko jednokrotnie.

Co do zarzutu w zakresie krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentu – zarzut jest nieuprawniony, gdyż wykonawca zawsze może się zwrócić do zamawiającego o wydłużenie wyznaczonego terminu. W tym przypadku Odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał.

2) zadanie pn.: „Odbudowa koryta cieku Wapienica wraz z nadbudową obwałowań w km 1+200 - 5+600 w m. Ligota gm. Czechowice-Dziedzice, pow. bielski woj. śląskie w zakresie km 1+670-4+260", tj. rzeki Wapienica (poz.7 wykazu).

Zadanie zostało uznane przez Zamawiającego jako spełniające wymaganie co do zakresu robót lecz ze względu na brak informacji co do wartości wykonania ubezpieczeń brzegu ścianką szczelną nie spełnia warunku w zakresie wymaganej wartości.

W odniesieniu do tego zadania Odwołujący wykazał wartość całości wykonanych robót na tym zadaniu - 5 058 805,56 zł brutto, z czego wartość robót polegających na ubezpieczeniu brzegów rzeki wynosiła 1 558 269,31 zł brutto (netto 1 266 885, 62 zł). Wartości te obejmują zakres prac znacznie szerszy niż wymagany przez Zamawiającego jako ubezpieczenie brzegów polegające na wykonaniu ścianek szczelnych, a wobec tego nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w SIWZ.

Pozostałe 5 zadań wykazanych przez Odwołującego w wykazie dotyczy robót, które również nie spełniają wymagań zawartych w treści warunku określonego w pkt. 3.1 SIWZ. Odwołujący nie przedstawił dowodów w celu wykazania, że ww. poszczególne zadania spełniają wszystkie wymagania określone w postanowieniu pkt 3.1 SIWZ. Fakt, iż w ramach zrealizowanych zadań:

1. „Pięczkowo - obwałowanie prawostronne rz. Warty, gm. Krzykosy, pow. Środa Wlkp.,

woj. wielkopolskie”,

2. Lipki - Oława -modernizacja obwałowań , gm. Oława i Jelcz-Laskowice. Modernizacja wału W-4(S)” - obwałowanie rzeki Odry,

3. „Rozbudowa prawego wału rzeki Koprzywianki w zakresie km 2+100 - 4+600 gm. Samborzec, woj. świętokrzyskie”

4. „Modernizacja prawostronnego obwałowania rzeki Warty Krzykosy-Orzechowo-Strzodrzejewo, gm, Krzykosy, Miłosław, Nowe Miasto n/Wartą,

Odwołujący zrealizował zadnia inwestycyjne z branży hydrotechnicznej, w ramach których wykonał stalowe ścianki szczelne na łączną długość 17 092,50 m, tj. ponad 7-krotnie więcej niż przewidziano w przedmiotowym zadaniu, nie dowodzi, że określone warunki udziału w tym postępowaniu zostały przez Odwołującego wykazane, gdyż to nie łączna długość wykonanej ścianki szczelnej stanowiła kryterium oceny spełniania warunków.

Wały przeciwpowodziowe służą ograniczeniu terenów zalewowych rzeki. Z pewnością są to budowle mające na celu zmniejszanie niebezpieczeństwa wylania wezbranej wody. Nie są to jednak umocnienia brzegu rzeki (kanału) lecz terenów przyległych do rzeki. Jak zauważył sam Odwołujący, wały przeciwpowodziowe stają się „brzegami” rzeki w okresie powodzi, gdy poziom wezbrania wody wykracza poza brzeg koryta głównego rzeki. Odwołujący, powołując się na opinię rzeczoznawcy przesłaną Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 4 czerwca 2016 r., stwierdził, że „Zgodnie z powszechną wiedzą wały przeciwpowodziowe w czasie wezbrań i powodzi przejmują rolę brzegów rzek.”, a tym samym Odwołujący przyznał, że pojęcie „brzeg rzeki” i „wał przeciwpowodziowy” nie mogą być utożsamiane, są to dwa różne pojęcia (urządzenia) w branży robót hydrotechnicznych.

W przedmiotowym postępowaniu umocnienia brzegów będą dotyczyły kanału, a zatem całkowicie nieuprawnione jest zrównywanie rozumienia pojęcia „brzeg” kanału (basenu portowego lub rzeki) z wałem przeciwpowodziowym.

Słuszne jest stanowisko Odwołującego, który wskazał, jako przykład ubezpieczenia brzegów rzeki Odry w Opolu, które są zarówno budowlą regulacyjną (ubezpieczeniem brzegu rzeki) i jednocześnie wałami przeciwpowodziowymi, gdzie ścianka szczelna wraz z oczepem jest jednocześnie wałem przeciwpowodziowym będącym ubezpieczeniem brzegu rzeki. Zadanie to zostało wskazane przez Odwołującego jednak wyłącznie poglądowo dla zobrazowania rodzaju inwestycji. W ocenie Izby, taka inwestycja z pewnością potwierdzałaby spełnianie warunku udziału w tym postępowaniu ale nie została przez Odwołującego wykazana w ramach wykonanych robót.

Ponadto, zauważyć należy, że w ramach argumentacji w powyższym zakresie Odwołujący posługiwał się terminologią, która wskazuje, iż rozróżnia się wyraźnie pojęcie „ubezpieczenia brzegu rzeki” jako budowli regulacyjnej rzeki od pojęcia wału przeciwpowodziowego. Izba podziela pogląd, iż wał przeciwpowodziowy może jednocześnie stanowić ubezpieczenie brzegu rzeki, jednak tego rodzaju zadanie nie zostało przez Odwołującego wykazane w ramach wykazu wykonanych robót.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp, przez uznanie oferty za odrzuconą, nie potwierdziły się. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Zamawiający przy ocenie dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykroczył poza zakres wymagań zawartych w SIWZ i bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego wykazu robót. Informacje wymagane w wykazie stanowią oświadczenie wykonawcy, które w przypadku, gdy zawiera

braki – podlega uzupełnieniu, a nie wyjaśnieniu. Uzupełnienie jest dopuszczalne tylko jednokrotnie. Zamawiający nie miał zatem podstaw do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, gdyż to wyjaśnienie powodowałoby de facto uzupełnienie treści złożonego i uzupełnionego już raz wykazu, co wprost naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a wobec tego również decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, pozostają skuteczne i ważne w świetle rozpatrzonych zarzutów w niniejszej sprawie.

Przepis art. 5a ust. 2 Pzp, odnoszący się do zamówień na usługi o charakterze nie priorytetowym nie ma zastosowania do niniejszego postępowania, zatem zarzut w tym zakresie nie jest zasadny.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....