Sygn. akt: KIO 411/12

WYROK
z dnia 14 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna, 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myślenice, 32-400 Myślenice, Rynek 8/9**

przy udziale wykonawcy **Marii Pluta prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. HYDRO-MARKO Maria Pluta, 63-200 Jarocin, ul. Wojska Polskiego 139** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Myślenice powtórne dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna,**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Myślenice, 32-400 Myślenice, Rynek 8/9** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna, 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Gminy Myślenice, 32-400 Myślenice, Rynek 8/9** na rzecz wykonawcy **Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna, 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 411/12

Uzasadnienie

Gmina Myślenice zwana dalej Zamawiającym prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę Ujęcia Wody i Systemu Uzdatniania Wody w Myślenicach – Etap I.

W postępowaniu tym wykonawca Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna zwany dalej Odwołującym wniósł w dniu 28 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113,

poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający zastosował kryteria oceny spełniania warunków nie opisane w treści ogłoszenia. Zamawiający powołał się na niski stopień związania wykazanych przez Odwołującego robót z funkcjonowaniem zakładu uzdatniania wody, oraz na to, iż w wykazie przedstawiono roboty „nie dotyczące procesu uzdatniania wody lub roboty dotyczące fragmentarycznie procesu uzdatniania wody w zakresie technologii procesu uzdatniania wody, polegające na budowie zbiorników wody i w żaden sposób nie związane z budową i montażem elementów instalacji uzdatniania wody", a także na „pośredni związek wykonanych robót ze stacją uzdatniana wody, rozumianą jako obiekt, w którym przeprowadza się proces uzdatniania wody, wyposażony w instalacje uzdatniania wody, obejmujący takie urządzenia jak: sita, mieszalniki, komory fluktuacyjne, osadniki, filtry, urządzenia do dezynfekcji i zbiorniki wody czystej."

Odwołujący podniósł, że w treści warunku udziału opublikowanego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znajdują się tak szczegółowe postanowienia, które pozwalałyby na dokonywanie rozróżnień wobec stopnia zbliżenia do procesu uzdatniania wody czy też związku z samą technologią, oraz wskazujące na konieczność wykazania przez wykonawców bezpośredniego związku ze stacją rozumianą jako obiekt, w którym przeprowadza się proces uzdatniania wody, wyposażony w instalacje uzdatniania wody, obejmujący takie urządzenia jak sita, mieszalniki, komory fluktuacyjne, osadniki, filtry, urządzenia do dezynfekcji i zbiorniki wody czystej. Odwołujący wskazał, że w treści warunku Zamawiający poprzestał na tym, iż wystarczy, aby roboty były

wykonywane w obiekcie będącym ujęciem wody albo stacją uzdatniania wody pitnej, które pracują na wodach powierzchniowych. Roboty te powinny dotyczyć budowy, rozbudowy albo modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności co najmniej 10 000 m³/d i mieć wartość netto nie niższą niż 6 000 000 PLN (każda robota). Z treści warunku opisanego w punkcie III.2.1) ust. 2 ppkt 2 ogłoszenia Odwołujący wywiódł, że dla jest wykonania potwierdzenia doświadczenia konieczne udokumentowanie co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda:
- polegała na budowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody pracującej na wodach powierzchniowych,
- dotyczyła budowy/rozbudowy/modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności, co najmniej 10 000m³/d,
- wartość każdej z robót netto nie była niższa niż 6 000 000 PLN.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku załączył do oferty wykaz wykonanych robót budowlanych. Wszystkie trzy inwestycje zawarte w złożonym przez Odwołującego Załączniku nr 5 zostały wykonane w okresie ostatnich pięciu lat, dotyczą budowy/rozbudowy ujęcia wody/stacji uzdatniania wody pitnej pracującej na wodach powierzchniowych, dotyczą budowy, rozbudowy, modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności większej niż 10 000m³/d, wartość każdej inwestycji netto jest większa niż 6 000 000 min PLN.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający był zobowiązany dokonać oceny spełniania warunków udziału na podstawie kryteriów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Tymczasem Zamawiający dokonał czynności w oparciu o nie znane w chwili składania ofert kryteria, nie opisane w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy Zamawiający zamierzał dokonywać oceny w oparciu o szczegóły technologiczne robót czy stopień zbliżenia do procesu uzdatniania wody, winien był to jasno opisać w ogłoszeniu. Jeżeli Zamawiający powyższego nie uczynił, nie ma prawa po upływie terminu składania ofert dokonywać wykładni postanowień ogłoszenia i specyfikacji na niekorzyść wykonawcy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności począwszy od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz nakazanie dokonania oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W dniu 1 marca 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Maria Pluta prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. Hydro-Marko Maria Pluta.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 listopada 2011 r. pod nr 2011/S 224-363397.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 24 133 283,34 PLN, co stanowi równowartość 6 286 510,03 euro (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, DRUK ZP-PN).

W pkt 9 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania spełniania warunku „posiadania doświadczenia w wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej:
dwóch robót budowlanych, każda z nich polegająca na budowie lub rozbudowie ujęcia wody/stacji uzdatniania wody pitnej pracujących na wodach powierzchniowych, dotyczących budowy, rozbudowy, modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności, co najmniej 10 000m³/d i wartości robót netto nie niższej niż 6 000 000 PLN (każda robota)".

Odwołujący złożył wraz z ofertą Wykaz wykonanych robot, w którym wykazał 3 roboty:

1. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – Gospodarka Osadami – ZUW Zwięczyca k. Rzeszowa", tj. budowa nowego bloku gospodarki osadami SUW pracującej na wodach powierzchniowych, wydajność 84 000m³/d, wartość 10 806 718,95 PLN netto, wykonana dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w okresie od dnia 6 września 2006 r. do dnia 27 listopada 2007 r.,
2. „Uzdatnianie i higienizacja wody w technologii membranowej ZUW Jarosław", tj. rozbudowa Stacji Uzdatniania Wody w technologii membranowej pracującej na wodach powierzchniowych, wydajność 11 280m³/d, wartość 6 228 000,00 PLN netto, wykonana dla PWiK w Jarosławiu Sp. z o.o. w okresie od dnia 2 kwietnia 2009 r. do dnia 15 października 2009 r.,
3. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – Technologia Uzdatniania Wody", tj. budowa nowego bloku Technologicznego oraz zbiorników do płukania filtrów na SUW pracującej na wodach powierzchniowych, wydajność 84 000m³/d, wartość 6 223 021,62 PLN netto, wykonana dla Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji „ABT" Badora i Sp. S.J. okresie od dnia 1 czerwca 2007 r. do dnia 30 czerwca 2008 r.

Pismem z dnia 13 lutego 2012 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnienia treści złożonej oferty, w tym do uzupełnienia/wyjaśnienia treści Załącznika nr 5 do oferty - wykaz wykonanych robót, oraz dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w ww. wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W ww. wezwaniu Zamawiający stwierdził, że po dokonaniu analizy informacji zawartych w Załączniku nr 5 do oferty oraz przedłożonych wraz z ofertą referencjach powziął wątpliwości co do możliwości uznania robót wymienionych w pkt a) i pkt b) ww. Załącznika jako potwierdzających posiadanie przez wykonawcę wymaganego doświadczenia. Roboty wymienione w pkt c) zostały uznane przez Zamawiającego jako poświadczające posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizacji robót zgodnie z pkt 9.1.2) Instrukcji dla Wykonawców.

W odniesieniu do inwestycji wskazanej w pkt a) Załącznika nr 5 do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż jak wynika z informacji zawartych w załączonych referencjach oraz z informacji uwidocznionych na stronie internetowej Jednostki Realizującej Projekt (JRP) pn.: „Program Poprawy Wody Pitnej dla Aglomeracji Rzeszowskiej" (http://www.mpwik.rzeszow.pl/jrp/), w ramach którego realizowana była ta inwestycja, kontrakt na roboty budowlane pn. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody - Gospodarka Osadami" dotyczył wyłącznie gospodarki osadami, a jego efektem było zapewnienie zwiększenia efektywności oczyszczania popłuczyn, należytej jakości zrzucanej wody

nadosadowej, odpowiedniej jakości osadów do dalszej przeróbki, odpowiedniego stopnia redukcji objętości osadów (zgodnie z referencjami).

Ponadto, jak wynika z informacji ujawnionych na stronach JRP MZWiK Rzeszów Sp. z o.o., Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody w ramach projektu: „Program Poprawy Wody Pitnej dla Aglomeracji Rzeszowskiej" obejmowała 2 kontrakty na roboty budowlane:
• Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody - Technologia Uzdatniania Wody,
• Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody - Gospodarka Osadami.
Jako pierwszy podpisano kontrakt na modernizację ZUW w zakresie Gospodarki Osadami. Roboty rozpoczęto w dniu 3 października 2006 r., a zakończono w dniu 30 listopada 2007 r. Wykonawca - Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o. w ramach robót wybudowała budynek pras, odstojniki, pompownie osadów i popłuczyn, przeprowadzona została także modernizacja istniejących odmulników. Dzięki zmianie sposobu odwadniania osadów z grawitacyjnego na mechaniczny uzyskano większą efektywność odwadniania osadów oraz poprawę jakości

wód popłucznych. W konsekwencji, inwestycja zapewnia ochronę wód rzek Lubczy i Wisłoka przed przedostaniem się zanieczyszczeń powstających w procesie uzdatniania wody. Nastąpio też zmniejszenie objętości osadów z możliwością gospodarczego wykorzystania (np. przy niwelacji terenu). Tej właśnie inwestycji dotyczą referencje złożone przez Odwołującego wraz z ofertą, jak również ta inwestycja została wskazana przez wykonawcę w Załączniku nr 5 do oferty pod pozycją 1. Jednakże, jak wynika z informacji zawartych na stronach JRP MZWiK Rzeszów Sp. z o.o., drugi ze wzmiankowanych kontraktów na roboty budowlane pn.: „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody - Technologia Uzdatniania Wody" zawarty w dniu 16 stycznia 2007 r. obejmował modernizację ZUW w zakresie Technologii Uzdatniania Wody. Wykonawcą tego kontraktu było konsorcjum firm: VA TECH WABAG GmbH oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Badora i Spółka s.j. Kontrakt ten obejmował: budowę Nowego Bloku Technologicznego – NBT z ozonowaniem wtórnym i filtrami węglowymi oraz centralną dyspozytornią, kompleksową przebudowę chlorowni i wprowadzenie dwutlenku chloru jako nowego środka dezynfekującego, modernizację istniejących obiektów ZUW I w zakresie: koagulacja, hala filtrów, pompownia pierwszego i drugiego stopnia; (wymiana pomp, armatury, rurociągów na stalowe nierdzewne, wymiana linii energetycznych i stacji transformatorowych), modernizację istniejących obiektów ZUW II w zakresie: koagulacja, hala filtrów, pompownia płucząca, przewałowa i wysokiego ciśnienia; (wymiana drenaży i złoża filtracyjnego, wymiana pomp, armatury, rurociągów na stalowe nierdzewne, wymiana linii energetycznych i stacji transformatorowych), budowę dwóch zbiorników wody czystej niechlorowanej, budowę stacji transformatorowej i rozdzielni SN dla NBT, budowę sieci międzyobiektowych.

Realizacja zakresu rzeczowego ww. kontraktu pn. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej - Technologia Uzdatniania Wody" umożliwiła produkcję wody pitnej charakteryzującej się wysoką, stałą jakością, spełniającą wymogi obowiązujących przepisów polskich i unijnych. Jak wynika z powyższego, zdaniem Zamawiającego, zakres rzeczowy kontraktu pn. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej - Technologia Uzdatniania Wody" faktycznie odpowiada zakresowi przedmiotowemu niniejszego zamówienia, bowiem obejmuje takie roboty jak: budowa zbiorników wody pitnej, budowa/modernizacja hali filtrów wraz z filtrami do wody, koagulacją i dezynfekcją, modernizację budynku/obiektów pompowni wody uzdatnionej, jednak był to kontrakt realizowany przez inny podmiot aniżeli Inżyniera Rzeszów Spółka Akcyjna.

Powyższe, w opinii Zamawiającego, powoduje, iż wykonanie robót w ramach kontraktu „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody - Gospodarka Osadami", które to roboty dotyczyły wyłącznie gospodarki osadami powstającymi w toku procesu uzdatniania wody, nie mogą być uznane za odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia tj. robotom

w zakresie modernizacji lub budowy instalacji uzdatniania wody, co powoduje, iż ich wykonanie nie może poświadczać posiadania przez Odwołującego doświadczenia w wykonaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia.

W odniesieniu do inwestycji wskazanej w pkt b) ww. Załącznika nr 5, Zamawiający

wskazał, iż jak wynika z informacji zawartych w załączonym do oferty wykazie robót oraz załączonych referencjach, roboty te wykonywane były na zlecenie firmy Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ZBT Badora i Spółka Sp. j. Roboty te obejmowały wyłącznie roboty w zakresie konstrukcji żelbetowej budynku Nowego Bloku Technologicznego Ozonowania Pośredniego i Filtrów Węglowych oraz Zbiorników do płukania filtrów. Wobec powyższego, Zamawiający stwierdził, że nie można uznać, że rodzaj i zakres robót objętych ww. referencją odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. Nazwa inwestycji, jej generalny wykonawca, lokalizacja inwestycji (Rzeszów) oraz termin wykonania inwestycji pośrednio wskazują, iż roboty objęte wzmiankowaną referencją obejmowały wycinek zakresu rzeczowego inwestycji realizowanej na zlecenie MPWiK Sp. z o.o. w Rzeszowie w ramach Kontraktu „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody - Technologia Uzdatniania Wody". Wykonawca Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa zrealizował wyłącznie wycinek zakresu rzeczowego tego kontraktu tj. wykonanie konstrukcji żelbetowych obiektu Nowego Bloku Technologicznego Ozonowania Pośredniego i Filtrów Węglowych oraz Zbiorników do płukania filtrów, które to roboty nie obejmowały tak istotnych elementów kontraktu, jak modernizacja istniejących obiektów ZUW I w zakresie: koagulacja, hala filtrów, pompownia pierwszego i drugiego stopnia; (wymiana pomp, armatury, rurociągów na stalowe nierdzewne, wymiana linii energetycznych i stacji transformatorowych), modernizacja istniejących obiektów ZUW II w zakresie: koagulacja, hala filtrów, pompownia płucząca, przewałowa i wysokiego ciśnienia; (wymiana drenaży i złoża filtracyjnego, wymiana pomp, armatury, rurociągów na stalowe nierdzewne, wymiana linii energetycznych i stacji transformatorowych), które to roboty stanowią istotny element przedmiotu niniejszego zamówienia obejmującego Przebudowę i rozbudowę Ujęcia Wody i Systemu Uzdatniania Wody w Myślenicach - Etap I".

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zwrócił się o wskazanie inwestycji, jakie wykonał Odwołujący, poświadczających, iż wykonawca posiada doświadczenie w wykonaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia.

W piśmie z dnia 15 lutego 2012 r. Odwołujący w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia stwierdził, że wykonawca przedstawiając w ofercie wykaz robót spełnił wszystkie żądania Zamawiającego zawarte w Instrukcji dla Wykonawców w pkt 9.1.2.

Wszystkie 3 inwestycje zawarte w Załączniku nr 5 zostały wykonane w okresie ostatnich pięciu lat, dotyczą budowy/rozbudowy ujęcia wody/stacji uzdatniania wody pitnej pracującej na wodach powierzchniowych, dotyczą budowy, rozbudowy, modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności większej niż 10 000m³/d, wartości każdej inwestycji netto są większe niż 6 000 000 PLN. W związku z powyższym, wykonawca uznał za bezzasadne zarzuty dotyczące niespełnienia warunków.

W dniu 21 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Maria Pluta prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. Hydro-Marko Maria Pluta oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i o odrzuceniu jego oferty.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych informacji na temat realizowanych inwestycji potwierdzających, iż posiada on doświadczenie wymagane w pkt 9.1.2 Instrukcji dla Wykonawców, tj. posiada doświadczenie w wykonaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia.

W szczególności, w opinii Zamawiającego, nie można podzielić przekonania Odwołującego, iż za odpowiadające wymaganiom Zamawiającego można uznać roboty tylko pośrednio związane z funkcjonowaniem zakładu uzdatniania wody (roboty w zakresie instalacji zagospodarowania osadów) i nie dotyczące procesu uzdatniania wody lub roboty dotyczące fragmentarycznie modernizacji zakładu uzdatniania wody w zakresie technologii uzdatniania wody, polegające na budowie zbiorników wody i w żaden sposób nie związane z budową i montażem elementów instalacji uzdatniania wody. Zamawiający uznał, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie przedstawił żadnych inwestycji, które wykonał, a które bezsprzecznie mogły by wykazać posiadanie przez wykonawcę stosownego, wymaganego doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż przedstawiony w ofercie wykonawcy wykaz robót, a w szczególności dwie z trzech uwidocznionych w wykazie inwestycje,

tj. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – Gospodarka Osadami – ZUW Zwięczyca k. Rzeszowa", „Modernizacja Zakładu uzdatniania Wody Pitnej – Technologia Uzdatniania Wody", oraz informacje na temat zakresu tych robót, wskazują na wyłącznie pośredni związek wykonanych robót ze stacją uzdatniania wody rozumianą jako obiekt, w którym przeprowadza się proces uzdatniania wody, wyposażony w instalacje uzdatniania wody obejmujący takie urządzenia, jak: sita, mieszalniki, komory fluktuacyjne, osadniki, filtry, urządzenia do dezynfekcji i zbiorniki wody czystej. Powyższe potwierdza, zdaniem Zamawiającego, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postepowaniu i powinien podlegać wykluczeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Odwołujący w treści odwołania w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej oraz możliwość poniesienia przez niego szkody – Odwołujący wskazał na uszczerbek w interesie w uzyskaniu zamówienia – w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Jednocześnie wskazać należy, że zaistnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody Izba zobowiązana jest badać z urzędu.

Mając na uwadze treść postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnianie ww. warunku.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane przez zamawiających w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Na podstawie treści ogłoszenia czy specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu nieograniczona liczba podmiotów decyduje czy ma wolę i będzie ubiegać się o zamówienie (przetarg nieograniczony). Warunki udziału w postępowaniu pełnią tu szczególną rolę, bowiem to one zakreślają krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie. Określenie warunków na wstępnym etapie postępowania ma na celu zapewnienie realizacji równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma przy tym prawo działać w zaufaniu do zamawiającego, iż w postawionym warunku udziału

w postępowaniu odtworzył swą wolę co do doświadczenia podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W pkt 9 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców wykonaniem robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przy czym Zamawiający warunek skonkretyzował w ten sposób, że wymagał wykazania się wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych, każda z nich polegająca na budowie lub rozbudowie ujęcia wody/stacji uzdatniania wody pitnej pracujących na wodach powierzchniowych, dotyczących budowy, rozbudowy, modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności, co najmniej 10 000m³/d i wartości robót netto nie niższej

niż 6 000 000 PLN (każda robota)".

Wobec konkretnego sformułowania warunku przez Zamawiającego, nieuprawniony jest przede wszystkim pogląd, że interpretacja treści warunku powinna być dokonywana poprzez opis przedmiotu zamówienia. Czym innym bowiem jest opis przedmiotu zamówienia, do którego wykonania zobowiąże się wykonawca w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym innym zaś warunki udziału w postępowaniu, które postawił Zamawiający w celu wyłonienia wykonawcy przedmiotu zamówienia. Wskazać przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunku w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia – ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w tym zakresie stwierdzając jedyne w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, że postawione warunki muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Weryfikacja postawionych warunków przez wykonawców lub samego zamawiającego może odbywać się na etapie opublikowania ogłoszenia i specyfikacji. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia treść warunku nie była kwestionowana przez wykonawców. Podobnie, Zamawiający nie dokonywał jego modyfikacji. Na obecnym etapie postępowania treść ta nie może podlegać badaniu pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Co więcej, jak stwierdził Odwołujący na rozprawie, poza sporem pozostaje brzmienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby, z brzmienia postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w żaden sposób nie wynika, że wykonawcy zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu robót, których wynikiem powinno być powstanie ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o określonych parametrach technicznych, co stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Postawiony warunek nie precyzował też niezbędnego zakresu robót, jaki powinien być zrealizowany przez

wykonawców w ramach wykazywanych inwestycji. Sposób sformułowania warunku nie zakreśla prac czy elementów instalacji, których wykonaniem miałby wykazać się wykonawca. Jednocześnie, treść warunku wskazuje na możliwość wykazania się wykonywaniem budowy, rozbudowy czy modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o określonej wydajności, co należy rozumieć jako dopuszczenie możliwości wykonywania poszczególnych elementów ujęcia wody/stacji uzdatniania wody (rozbudowa, modernizacja). Tym samym, brak jest podstaw do formułowania przez Zamawiającego twierdzeń zawartych w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2012 r., iż roboty wykazane przez Odwołującego jedynie pośrednio są związane z funkcjonowaniem zakładu uzdatniania wody, nie dotyczą procesu uzdatniania wody, dotyczą fragmentarycznie modernizacji zakładu uzdatniania wody w zakresie technologii uzdatniania wody lub nie są związane z budową i montażem instalacji uzdatniania wody.

W sytuacji, gdy Zamawiającemu zależało na wykazaniu przez wykonawców doświadczenia w robotach budowlanych, których skutkiem miałoby być powstanie ujęcia wody/stacji uzdatniania wody w określonej wydajności czy doświadczenia w wykonaniu np. konkretnych instalacji, powinien był wyraźnie wskazać to w treści warunku. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie może odstępować od postawionych przez siebie warunków udziału w postępowaniu, ani dokonywać ich swobodnej wykładni w sposób niezgodny z literalnym brzmieniem warunków.

Izba stoi na stanowisku, że brak jest podstaw do wymagania od wykonawcy na obecnym etapie postępowania wykazania się doświadczeniem, którego Zamawiający nie wymagał w sposób jednoznaczny w postawionym warunku. Rozszerzenie warunku na obecnym etapie czy dokonywanie jego interpretacji w sposób nie wynikający wprost z jego brzmienia godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że roboty, którymi wykazał się Odwołujący, a które zakwestionował Zamawiający, spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia w brzmieniu sformułowanym przez Zamawiającego. Każda z wykazanych robót dotyczyła budowy, rozbudowy lub modernizacji ujęcia wody/stacji uzdatniania wody o wydajności co najmniej 10 000m³/d, a wartość każdej z robót przekraczała 6 000 000 PLN.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono

jak w sentencji.

12

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: ……

13