

WYROK
z dnia 18 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2014 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe „MONTECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**, Łuszczów Drugi 108, 20-258 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Mrozy**, ul. Adama Mickiewicza 35, 05-320 Mrozy

przy udziale

Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „Przem-Gri” Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie**, Przemysłowa 3, 10-418 Olsztyn, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Mrozy unieważnienie czynności z dnia 29.08.2014 r. wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z i oferty – postępowania odrzucenia Odwołującego Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Montażowego „MONTECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Siedlcach**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Mrozy na *budowę oczyszczalni ścieków w miejscowości Jeruzal* (znak postępowania: IGK.271.4.2014), wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe „MONTECH” Sp. z o.o. z Lublina i odrzuceniu jego oferty, wykonawca ten (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 3 września 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1816/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 czerwca 2014 r., poz. 198412.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w

Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2014 r. przekazał Odwołującemu faksem informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jako podstawę faktyczną wykluczenia z postępowania Zamawiający wskazał na okoliczność, iż uzupełnione dokumenty („Wykaz wykonanych robót” oraz „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”) nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 01.07.2014 r. Zamawiający jednocześnie uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią siwz, gdyż urządzenie *piaskownik* nie spełnia warunków urządzenia równoważnego do *separatora zawiesiny*.

Wnosząc w dniu 3.03.2014r. odwołanie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego, w sytuacji gdy spełnił warunki postępowania;
- 3) art. 26 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dokumentów;

3

-
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści siwz;
 - 5) art. 91 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która w przypadku prawidłowej oceny oferty Odwołującego nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Czynności badania i oceny ofert, unieważnienie Czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia z postępowania oraz zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów, Odwołujący zakwestionował decyzję o wykluczeniu z postępowania podjętą w oparciu o treść uzupełnionych dokumentów – wykazów opatrzonych datą 22 sierpnia 2014 r. Żądane dokumenty składane były na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (zgodnie z pkt 5.2.3 siwz) oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (min. do pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń). Zamawiający wzywając w dniu 21.08.2014 r. Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, zakwestionował uprawnienia osoby wskazanej w ofercie (załącznik nr 6 do siwz) oraz roboty ujęte w wykazie (załącznik nr 4), z tym, zastrzeżeniem iż robota dla Gminy Zwierzyniec spełnia warunek w zakresie wartości i przepustowości, natomiast z dokumentu nie wynika rodzaj oczyszczalni ścieków, opisany w treści warunku, jako oczyszczalnia mechaniczno-biologiczna.

W uzupełnionym wykazie robót, Odwołujący wskazał tą samą robotę dotyczącą budowy oczyszczalni ścieków dla Gminy Zwierzyniec doprecyzowując jej opis jako mechaniczno-biologiczna oraz załączając dodatkowo oświadczenie jednostki projektowej dotyczące zaprojektowanej i wykonanej oczyszczalni mechaniczno-biologicznej.

W uzupełnionym wykazie osób Odwołujący wskazał dodatkową osobę posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Wszystkie te dokumenty zostały opatrzone datą 22.08.2014 r.

Kwestionując decyzję o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Odwołujący podniósł, iż osoba wskazana pierwotnie w wykazie posiada uprawnienia do

funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm). Po zmianie ustawy Prawo budowlane osoba ta zachowała uprawnienia w zakresie wskazanym w decyzji. Ponadto ustawa Prawo budowlane z dnia 2 października 1974 r. nie dawała możliwości nadawania uprawnień w ograniczonym zakresie. Ponadto osoba dodatkowo wskazana w uzupełnionym wykazie spełnia wymagania Zamawiającego, a datą jaką opatrzony został dokument nie ma znaczenia w kwestii oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ma ona bowiem charakter wtórny wobec wymagań stawianych treści dokumentu. W wykazie wskazano na fakt zatrudnienia osoby na podstawie umowy cywilnoprawnej, a w tej sytuacji Zamawiający nie miał prawa wykluczyć Odwołującego bez uprzedniego wezwania go do wyjaśnienia treści dokumentu, tj. wyjaśnienia od kiedy wykonawca dysponuje osobą wskazaną w wykazie. Sama bowiem data podpisania wykazu nie oznacza, że Odwołujący dysponuje osobą od tej daty.

W odniesieniu do przyczyn uznania oferty za niezgodną z treścią siwz Odwołujący odniósł się do stwierdzenia Zamawiającego, iż piaskownik jest zupełnie innym urządzeniem niż separator zawiesiny, pełniącym inne niż wymagane w projekcie funkcje technologiczne i nie spełnia warunków dotyczących urządzenia równoważnego, gdyż wprowadza istotne zmiany w ciągu technologicznym zaprojektowanej oczyszczalni.

Zgodnie z pkt 3.1.3 siwz wykonawca mógł zaoferować równoważne materiały budowlane, rozwiązania techniczne, wyposażenie oraz sprzęt dowolnego producenta, które spełniają wymagania określone w dokumentacji projektowo-technicznej, STWiOR oraz przedmiarze robót, stanowiących opis przedmiotu zamówienia.

Podstawą decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego była opinia projektanta z dnia 26.08.2014 r., w której wskazano, iż w dokumentacji projektowej nie ma zaprojektowanego piaskownika. Powyższe, w ocenie Odwołującego nie dowodzi niezgodności oferty z siwz, na co wskazuje między innymi przedmiar robót (załącznik nr 9 do siwz), w którym w pkt 6.2.1 Zamawiający wskazał na obowiązek dostarczenia Separatora zawiesiny / Piaskownika pionowego PP-01, System Bt-flowmix lub równoważny. Już z tego zapisu wynikać ma, że Zamawiający dopuścił urządzenie piaskownik, jednak z ostrożności Odwołujący odniósł się również do parametrów równoważności, według których urządzenie to powinno być oceniane, jako urządzenie równoważne. Wskazał na identyczną z separatorem zawiesiny zasadę działania, jak również na charakterystykę urządzenia, która pozwala osiągnąć określony w projekcie cel, a samo urządzenie jest zgodne z normami krajowymi i europejskim. Zaproponowany piaskownik opatrzony jest jedynie inną nazwą niż zaprojektowane urządzenie o takich samych parametrach. W szczególności tożsame z cechami urządzenia wymienionego w projekcie są ich funkcje, tj. urządzenie zapobiega scementowaniu osadzonej zawiesiny w godzinach minimalnego dopływu ścieków. Pulpa

zawiesiny doprowadzana jest do zbiornika magazynowego osadu nadmiernego. Piaskownik usuwa wszystkie części łatwo opadające o wysokiej masie właściwej (zgodnie z prawami fizyki), są to przeważnie części mineralne ale również części organiczne. Tożsame są również parametry tj. układ mieszania hydrauliczne/pneumatyczne, o $Q = 10\text{m}^3/\text{h}$, $V=15\text{m}^3$, DN150, pompa powietrzna zawiesiny o parametrach PVC DN100 oraz średnica wewnętrzna separatora 1000mm. Pozostałe parametry takie jak wysokość podnoszenia pompy pulpy zawiesiny, wykonanie materiałowe, wydajność spełniają warunki równoważności urządzeń określone przez Zamawiającego w siwz. Co więcej urządzenie piaskownik ma możliwość zmiany kierunku przepływu ścieków poprzez funkcje ukierunkowania ścieków oraz posiada kinetę piasku. Urządzenie to nie zmienia schematu technologicznego zaprojektowanej oczyszczalni, w którym zawiesina łatwo opadająca z separatora zawiesiny zwanego *separator/piaskownik* transportowana jest za pomocą pompy pulpy do zbiornika osadu nadmiernego, tym samym rurociągiem PCV 110 transportowany jest osad nadmierny z drugiego separatora – osadnika wtórnego do zbiornika osadu nadmiernego w którym to odbywa się mieszanie a potem wspólna stabilizacja przygotowana do odwodnienia i

występuje pod kodem osadu nadmiernego ustabilizowanego tlenowo kod 19 0805.

Zamawiający w dniu .. września 2014 r. przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem do zgłoszenia udziału. W dniu ... września 2014 r. wpłynęło do Izby przystąpienie wybranego wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „PRZEM-GRI” Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie po stronie Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Odwołującego, dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania Izba uznała, iż odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

6

przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do wzruszenia decyzji o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty, czynność nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego prowadząca do wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy (Przystępującego), mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ponownie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając za taką ofertę Przystępującego do postępowania odwoławczego. Powtórzenie czynności wyboru nastąpiło na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zastrzeżeń podniesionych w informacji z dnia 06.08.2014 r. o niezgodnej z przepisami czynności oceny oferty obecnie Odwołującego, wybranej jako najkorzystniejsza w dniu 01.08.2014 r.

Izba ustaliła iż w dniu 22.07.2014 r., tj. przed wyborem oferty Odwołującego, Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących posiadanych przez wskazaną, do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie do pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, osobę, podnosząc, iż nie posiada ona uprawnień bez ograniczeń, co było niezbędne dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w siwz. Ponadto Zamawiający wskazał, iż urządzenie piaskownik nie spełnia parametrów określonych w dokumentacji projektowej i nie może być uznane za urządzenie równoważne. W dniu 24.07.2014 r. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia, w których podnosił tożsame argumenty, jak w obecnie w odwołaniu. W piśmie z dnia 11.08.2014 r. Odwołujący odniósł się podniesionych w zawiadomieniu z dnia 06.08.2014 r. zarzutów.

Zarzuty Odwołującego dotyczą czynności oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego oraz oceny oferty pod kątem jej zgodności z siwz.

Przechodząc do podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, Izba ustaliła, iż koniecznym w tym zakresie było w pierwszej kolejności ustalenie, czy w związku z ograniczeniem dotyczącym wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu, którego wartość nie przekracza kwoty określonej na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy, Izba była uprawniona do oceny uprawnień osoby pierwotnie wskazanej w wykazie, które Zamawiający zakwestionował wzywając

wykonawcę w piśmie z dnia 21.08.2014 r. do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie składu orzekającego, dla zapewnienia skutecznej obrony przed bezpodstawnym wykluczeniem z postępowania, nie można pozbawić wykonawcy prawa do podniesienia wszystkich istotnych okoliczności związanych z oceną dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego brak wykazania stanowił podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dotyczyć to może zarówno dokumentów złożonych w ofercie, które Zamawiający uznał za niedostateczne wzywając następnie wykonawcę do ich uzupełnienia, jak i dokumentów uzupełnionych. Okoliczność, iż wykonawca nie może podnieść w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy (z uwagi na ograniczenie zakresu czynności w art. 180 ust.2 ustawy), nie oznacza, iż w odwołaniu na czynność wykluczenia go z postępowania nie może bronić dokumentów pierwotnie załączonych do oferty, jeżeli potwierdzały one spełnienie warunku udziału w postępowaniu i zostały bezpodstawnie pominięte przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, brak złożenia Zamawiającemu informacji o niezgodnej z przepisami czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów nie może wywoływać negatywnych skutków procesowych przez ograniczenie prawa do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia z postępowania i podnoszenia wszelkich argumentów przed Izbą, zmierzających do podważenia prawidłowości oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko przeciwne do przedstawionego powyżej, w ocenie składu orzekającego, mogłoby czynić prawo do odwołania iluzorycznym w sytuacji, w której uzupełnione dokumenty nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w przeciwieństwie do dokumentów złożonych pierwotnie w ofercie, czego wykonawca nie mógłby dowodzić przed Izbą.

W związku z powyższym, Izba uznała za konieczne odniesienie się również do oceny wykazu osób (załącznika nr 6), załączonego w ofercie w części dotyczącej uprawnień osoby wskazanej do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, do pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Zamawiający w siwz (pkt 5.2.4) wymagał od wykonawcy dysponowania między innymi *jedną osobą uprawnioną do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, do pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń*. Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawcy mieli złożyć wypełniony załącznik nr 6 do siwz, zawierający oświadczenie, że osoby w nim wskazane posiadają wymagane prawem uprawnienia. Wskazana w wykazie załączonym do oferty osoba posiada uprawnienia nr 1085/Lb/90 nadane decyzją o stwierdzeniu przygotowania zawodowego, wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.). Zamawiający odmówił uznania tych uprawnień za uprawnienia bez ograniczeń z uwagi na okoliczność, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym

mogły pełnić funkcje techniczne wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną. Należy zauważyć, iż w przepisach rozporządzenia nie zdefiniowano pojęcia „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”, jak również nie wprowadzono podziału na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie. Ewentualne wątpliwości co do zakresu uprawnień mogą być wyjaśnione na wniosek osoby posiadającej uprawnienia budowlane i będącej członkiem izby inżynierów budownictwa w drodze postanowienia wydanego w trybie art. 113 § 2 kpa. przez okręgową komisję kwalifikacyjną, a ostatecznie przez Wojewódzki Sąd Administracyjny.

Powyższe wskazuje, iż orzeczenie Izby w tym zakresie nie wpływa na wiążące ustalenie zakresu uprawnień posiadanych przez osobę wskazaną w wykazie osób. Nie budziło wątpliwości, iż Odwołujący wskazał w wykazie osobę legitymizującą się uprawnieniami wydanymi na gruncie nieobowiązujących obecnie przepisów, które to uprawnienia zachowały ważność po zmianie przepisów ustawy Prawo budowlane. Do wykazu osób Odwołujący załączył kopię decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego, w której potwierdzono uprawnienia do *kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie*

znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. W ocenie Izby, z treści uprawnień wynika ich wyłączenie do wskazanych w treści rodzaju budowli, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Ponieważ w momencie uzyskania uprawnień (nadal ważnych) nie było rozróżnienia na uprawnienia ograniczone i bez ograniczeń, nie można stosować terminologii użytej przez Zamawiającego wprost, lecz odpowiednio do przedmiotu zamówienia, którego wykonanie miałyby być prowadzone z udziałem osoby posiadającej opisane powyżej uprawnienia. W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania uprawnień jako ograniczonych, tylko na podstawie wykształcenia osoby, która je uzyskała, bez odniesienia ich treści do przedmiotowej inwestycji. Wprawdzie w opisie warunku Zamawiający wskazał na uprawnienia „bez ograniczeń”, nie oznaczało to automatycznie braku możliwości powołania się na uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów ustawy, które, co nie było sporne, pozostają ważne. Należy również zauważyć, iż Zamawiający w siwz nie żądał przedłożenia wraz z wykazem osób kopii decyzji potwierdzającej posiadane uprawnienia, a zatem weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie powinna być prowadzona w oparciu o taki dokument. Zamawiający związany był w tym zakresie oświadczeniem wykonawcy, który konsekwentnie utrzymywał w swoich wyjaśnieniach, że przedmiotowe uprawnienia są wystarczające dla oceny spełnienia warunku udziału w

9

postępowaniu, a decyzja nie stanowiła jednoznacznego dowodu przeciwko oświadczeniu wykonawcy. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący w wykazie załączonym do oferty przedstawił osobę spełniającą warunki udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż wskazując w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie na nową osobę Odwołujący wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie kwestionował uprawnień tej osoby, kwestionował natomiast, iż Odwołujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty tym, że wykaz opatrzony został datą późniejszą, tj. datą uzupełnienia dokumentu. Izba stoi na stanowisku, iż opatrzenie dokumentu datą stanowiło potwierdzenie momentu sporządzenia dokumentu, a nie potwierdzenie momentu, na który Odwołujący dysponował wskazaną w wykazie osobą. Odwołujący wcześniej sygnalizował Zamawiającemu możliwość wykazania dodatkowej osoby, co pozwala przyjąć, iż składając taką deklarację był gotowy na jej przedstawienie na wezwanie Zamawiającego. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie mogły być wyjaśnione przez Zamawiającego na etapie oceny oferty w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czego Zamawiający zaniechał, decydując się na samodzielną wykładnię oświadczenia wykonawcy i przypisując dacie sporządzenia dokumentu dalej idące znaczenie dla treści oświadczenia o dysponowaniu osobą, jaka miałaby uczestniczyć w realizacji zamówienia. Przedłożona na rozprawie kopia umowy zlecenia z dnia 02.06.2014 r. rozwiewała ewentualne wątpliwości i została dopuszczona przez Izbę jako dowód na okoliczność dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na dzień złożenia oferty.

W zakresie oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Izba uznała decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego za bezzasadną. Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej jedną referencyjną robotą spełniającą warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 5.2.3 siwz, polegającej na *budowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q_{dśr} = 110 m^3/d$ o wartości min. 1 500 000 zł. brutto*. W ofercie Odwołujący wykazał dwie roboty, z których jedna nie spełniała warunku udziału w postępowaniu. W wezwaniu z dnia 21.08.2014 r. Zamawiający wskazał, iż robota dla Gminy Zwierzyniec spełnia warunek jeżeli chodzi o wartość i przepustowość, jednak z załączonego wykazu nie wynika jakiego rodzaju oczyszczalnia została zbudowana. W uzupełnionym wykazie Odwołujący doprecyzował rodzaj roboty (bez wskazania jej wartości oraz daty i miejsca wykonania, które to informacje były zamieszczone w wykazie załączonym do oferty). Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty gdyż uzupełniony wykaz opatrzony został datą 22.08.2014 r., a w treści pisma nie zawarto żadnych dodatkowych informacji, z których wynikałoby, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na

10

dzień składania ofert, tj. na dzień 01.07.2014 r. Niezależnie od uznania, iż data jaką opatrzony został uzupełniony wykaz robót, wskazywała wyłącznie na dzień sporządzenia uzupełnianego na wezwanie Zamawiającego dokumentu, bezspornym w sprawie pozostawało, iż przedmiotowa robota była tą samą, jaką Odwołujący wskazał w wykazie załączonym do oferty. Uzupełnienie informacji pozwalającej ocenić robotę pod kątem zgodności z siwz, w żaden sposób nie pozwalało na przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał się spełnieniem warunku na dzień złożenia oferty. Również twierdzenie, jakoby uzupełniony wykaz miał zastąpić dokument załączony do oferty nie zasługiwało w tych okolicznościach na uznanie. Już w wezwaniu do uzupełnienia wykazu robót Zamawiający przyznał, iż robota wykonywana na rzecz Gminy Zwierzyniec (poz. 1. wykazu) spełnia warunek udziału w odniesieniu do wartości oraz przepustowości. Opis roboty nie zawierał wskazania na rodzaj oczyszczalni ścieków konieczny do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro Odwołujący zdecydował się na samo uzupełnienie opisu wykonanej roboty, nie było podstaw do formułowania tezy, iż data złożenia uzupełniającego oświadczenia świadczyła o momencie, na który Odwołujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ocena spełnienia warunku dokonana została w oparciu o robotę budowlaną wskazaną od początku w ofercie. Zamawiający dokonał nadinterpretacji oświadczenia wykonawcy przyjmując odmienne wnioski niż płynące z logiki. Skoro oświadczenie zostało uzupełnione to nie mogło być sporządzone sprzed daty wezwania Zamawiającego, w którym wskazany został element, o jaki oświadczenie należało uzupełnić. Oświadczenie opatrzone zostało datą w jakiej zostało złożone Zamawiającemu i tylko takie znaczenie należało przyznać tej dacie.

Powyższe prowadziło do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejny zarzut dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zawiadomieniu z dnia 29.08.2014 r. Zamawiający stwierdził, opierając się na wyjaśnieniach Odwołującego oraz opinii projektanta dotyczących urządzenia równoważnego (piaskownika), że zaproponowane rozwiązanie nie spełnia warunków dotyczących urządzenia równoważnego, gdyż wprowadzają istotne zmiany w ciągu technologicznym zaprojektowanej oczyszczalni, a z punktu widzenia technicznego *piaskownik* jest zupełnie innym urządzeniem niż *separator* pełniącym inne niż wymagane w projekcie funkcje techniczne.

11

Z opinii projektanta z dnia 26.08.2014 r. wynika, iż zasadniczą przyczyną odmowy uznania *piaskownika* za urządzenie równoważne było stwierdzenie, że jego użycie dyskwalifikuje powstający odpad na oczyszczalni (odpad zmieszany, składający się z osadu nadmiernego i piasku) do dalszego oficjalnego przekazania go czy to na wysypisko czy innej firmie do utylizacji. Powyższe wynikać ma z faktu, iż każdy z wymienionych zmieszanych odpadów ma swój specyficzny numer, a dla instytucji kontrolujących ilość powstających odpadów na oczyszczalni nie jest konieczna fizyczna obecność danego odpadu – w tym przypadku piasku, w zbiorniku aby wymagać jego ewidencjonowania. Zdaniem projektanta, samo zainstalowanie *piaskownika* oznacza, że piasek będzie musiał być wydzielany, ewidencjonowany po to aby udowodnić, że nie jest mieszany z innym w tym przypadku osadem nadmiernym. Powyższe stanowiło podstawę do stwierdzenia, że zaoferowane rozwiązanie nie jest równoważne lecz wariantowe, gdyż wprowadza istotne zmiany w ciągu technologicznym zaprojektowanej oczyszczalni, a z punktu widzenia technicznego *piaskownik* jest zupełnie innym urządzeniem niż *separator* pełniącym inne niż wymagane funkcje technologiczne.

Zamawiający udzielając w dniu 24.06.2014 r. odpowiedzi na informację o niezgodnej z przepisami czynności wniesionej na zapisy specyfikacji, w której zarzucono Zamawiającemu, iż ten nie wskazał parametrów dla rozwiązań równoważnych dopuszczonych w postępowaniu wskazał, iż *dopuszcza stosowanie innych materiałów i urządzeń o ile mogą być zastosowane w przyjętym rozwiązaniu projektowym i posiadają nie gorsze parametry niż określone szczegółowo w projekcie technologicznym w pkt 8 – charakterystyka*

przykładowego wyposażenia, gdzie w kolumnie nr 2 – charakterystyka – szczegółowo opisano poszczególne urządzenia i materiały wraz z ich szczegółowymi parametrami technicznymi, które są jednocześnie parametrami równoważności. Za urządzenia i materiały równoważne Zamawiający uzna również te, które nie spełniają wszystkich parametrów równoważności ale zachowują jednocześnie przepisy Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub normy innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, a ich funkcja i zastosowanie w całości przedsięwzięcia w połączeniu z innymi elementami projektu pozwoli uzyskać oczekiwany cel.(...) Zamawiający posiada odpowiednie uprawnienia do ostatecznego decydowania o tym czy wskazane urządzenia i materiały spełniają kryteria równoważności, a pojęcie „akceptacja projektanta” należy rozumieć jako możliwość wypowiedzenia się autora projektu co do urządzeń i materiałów równoważnych zaproponowanych w ofertach.

Określając w dokumentacji projektowej parametry techniczne projektowanego urządzenia – separatora zawiesiny łatwo opadальной PP-1.01- Zamawiający wskazał na jego cel, jakim jest usunięcie zawiesiny ze ścieków surowych - pkt 7.5.1, natomiast w pk. 5.5.1. siwz Zamawiający wskazał na zadanie separatora, jako usuwanie części łatwo opadających ze

12

ścieków podczyszczonych, zapobieganie scementowaniu osadzonej zawiesiny w godzinach minimalnego dopływu ścieków, odprowadzanie pulpy zawiesiny do zbiornika magazynowego osadu nadmiernego, gdzie powinna następować jej stabilizacja. W charakterystyce przykładowego wyposażenia (pkt 8 – tabela pozycja 6) Zamawiający wskazał na parametry równoważne do projektowanych urządzeń – *Separator zawiesiny łatwo opadальной PP-1.01, System BT-flowmix lub równoważny, Układ mieszania hydrauliczne/pneumatyczne DR-1.01, Q=10 m³/h, V=15 m³, DN150; pompa powietrzna zawiesiny MA-1.04, PVC DN100, Q=5 m³/h, p=0,1 bar.* W przedmiarze robót, poz. 6.2 Zamawiający wskazał na *Separator zawiesiny/Piaskownik pionowy PP-01, System BT-flowmix lub równoważny, Układ mieszania hydrauliczne/pneumatyczne, Q=10 m³/h, V=15 m³, DN150, 1 kpl, np. BT-PP-01 prod. BIO-TECH lub równoważny; pompa powietrzna zawiesiny PM-04, PVC DN100, Q=5 m³/h, p=0,1 bar, 1 kpl, np. typ BT-MA-01 prod. BIO-TECH lub równoważny.*

W swojej ofercie Odwołujący zaproponował urządzenie równoważne do projektowanego – piaskownik pionowy PP. Zgodnie z opisem zamieszczonym w karcie katalogowej (str. 34 oferty) podstawowym zadaniem piaskownika jest rozdzielanie zawiesin mineralnych od organicznych, które mają być oddzielone w osadniku wstępnym. Piaskownik wyposażony jest w typowy system sterowania (sterownik SIEMENS i elektrozawory wysokiej jakości) i mieszania powietrzem, Q = 10 m³/h, ukierunkowanie przepływu PVC DN 150 ÷ 400, V = 15 m³. Piaskownik posiada hydrauliczny/pneumatyczny układ mieszania oraz pompe powietrzną pulpy zawiesiny o wydajności 0-30 m³/h PMA PH1.

W toku rozprawy i prezentowanych stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Izba ustaliła, iż nie było spornym w sprawie, że urządzenie zaoferowane przez Odwołującego odpowiada wszystkim wskazanym w tabeli dla oceny równoważności parametrom technicznym. Ponadto ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali, aby urządzenie to nie mogło być zastosowane w projektowanym rozwiązaniu. Z przedłożonych schematów, wynika bowiem możliwość wykorzystania piaskownika w ciągu technologicznym projektowanej oczyszczalni, a jedynym argumentem podnoszonym przeciw uznaniu urządzenia za równoważne, było to że piaskownik umożliwia odseparowanie z zawiesiny piasku, oznaczonego odmiennym kodem i podlegającego odmiennym procesom utylizacji. Powyższe, w ocenie Izby, nie uzasadniało twierdzenia, iż użycie separatora prowadzi do zmian w ciągu technologicznym, gdyż Odwołujący nie przewidział wyposażenia oczyszczalni w dodatkowe urządzenie (separator piasku, płuczka piasku), w którym ów piasek miałby być gromadzony przed jego utylizacją. Przy wykorzystaniu piaskownika, w zbiorniku osadu (DR-3.01) gromadzony będzie taki sam jak przy separatorze zawiesiny – ustabilizowany osad nadmierny o kodzie 19 0805. Separator/piaskownik pełni te same zadania polegające na oddzieleniu zawiesiny od ścieków i stabilizacja osady nadmiernego w zbiorniku osadu nadmiernego. W przypadku obu urządzeń w zbiorniku tym znajdują się cząstki łatwo

13

opadające (piasek oraz inne oraz większe zawiesiny organiczne - w zależności od wielkości przepływów ścieków). Z samego faktu nazwania urządzenia piaskownikiem (którym zresztą

posłużył się Zamawiający zamiennie przy opisie przedmiotu zamówienia – separatora zawiesziny) i ewentualnych dodatkowych możliwości technologicznych urządzenia nie wykorzystanych w tym rozwiązaniu nie można wnioskować, że urządzenie to nie spełnia kryteriów równoważności wskazanych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy jako bezzasadne Izba oddaliła.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł. a także wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: