

WYROK
z dnia 9 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: KWG S. A., Hydrobudowa Polska S. A. Pris Sp. z o. o., Unimark Sp. z o. o., 70 – 490 Szczecin, Al. Wojska Polskiego 129**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. w Wałczu, 78 – 600 Wałcz, Pl. Polski 1.**

przy udziale **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych PEKUM Sp. z o. o., Mostostal Warszawa S.A., Per Aarslef Polska Sp. z o. o., 10 – 408 Olsztyn, ul. Lubelska 37** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: KWG S. A., Hydrobudowa Polska S. A. Pris Sp. z o. o., Unimark Sp. z o. o., 70 – 490 Szczecin, Al. Wojska Polskiego 129 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: KWG S. A., Hydrobudowa Polska S. A. Pris Sp. z o. o., Unimark Sp. z o. o., 70 – 490 Szczecin, Al. Wojska Polskiego 129**

2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: KWG S. A., Hydrobudowa Polska S. A. Pris Sp. z o. o., Unimark Sp. z o. o., 70 – 490 Szczecin, Al. Wojska Polskiego 129** na rzecz **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. w Wałczu, 78 – 600 Wałcz, Pl. Polski 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołujący – konsorcjum firm: KWG S.A. w Szczecinie (lider), INFRA S.A., Hydrobudowa Polska S.A., PRIS sp. z o.o. i Unimark sp. z o.o. - uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Roboty budowlane realizowane w ramach projektu pn. „Kompleksowe rozwiązanie gospodarki wodno-ściekowej dla Miasta Wałcza” współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności w odwołaniu wniesionym dnia 28.10.2010 r. zarzucił zamawiającemu, którym jest Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wałczu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum PEKUM, które wykonywało bezpośrednio czynności związane przygotowaniem prowadzonego postępowania, nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert i nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zarzucił ponadto naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie zasad określonych w tym przepisie.

Wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny oferty konsorcjum PEKUM, wykluczenie tego wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołujący stwierdził, że oferta konsorcjum PEKUM nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, gdyż należało wnieść wadium na okres związania ofertą trwający 60 dni od dnia składania ofert wyznaczonego na 10.09.2010 r., czyli gwarancja wadium winna obowiązywać do 9.11.2010 r. Tymczasem jedna z trzech gwarancji (na łączną sumę 2 mln zł) wybranego wykonawcy wystawiona na kwotę 680 000 zł obowiązuje do dnia 8.11.2010 r., a zatem wygasa po 59 dniach tj. o jeden dzień za wcześnie. Zdaniem odwołującego zostały spełnione przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp

Uzasadniając drugi zarzut odwołujący wskazał na treść pkt 5.1.2 tiret 2 Instrukcji dla wykonawców, zgodnie z którym dla uznania, że wykonawca spełnia

wymagany warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żąda wykazania wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na renowacji (metodą bezwykopową) sieci sanitarnej w technologii rękawa o długości co najmniej 10 000 mb. Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca przedstawił referencje (s. 57 i 59 oferty) wystawione przez MPWiK S.A. w Krakowie oraz MPWiK S.A. w Warszawie dotyczące wykonania renowacji sieci kanalizacyjnej, które to pojęcie obejmuje zarówno sieć sanitarną, sieć ogólnospławną, jak i deszczową. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wybrany wykonawca wyjaśnił, że przedmiotowe referencje obejmują wyłącznie i w całości kanalizacyjne sieci sanitarne. Tymczasem odwołujący otrzymał od wystawców referencji informacje, że w zakres prac na rzecz MPWiK w Warszawie wchodziła sieć sanitarna o długości ok. 3 266 m, natomiast sieć kanalizacji w Krakowie w dzielnicy Nowa Huta, w której wykonywano renowację jest wyłącznie siecią kanalizacji ogólnospławnej, a nie kanalizacji sanitarnej. W ocenie odwołującego konsorcjum PEKUM nie wykazało tym samym spełnienia powołanego w Instrukcji dla wykonawców warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł również, że jeden z członków konsorcjum PEKUM tj. Per Aarsleff Polska sp. z o.o. brał udział w czynnościach bezpośrednio związanych z przygotowaniem postępowania. Wskazał, że podmiot ten wykonywał na rzecz zamawiającego obliczenia wytrzymałościowe rękawa, co wymagało szczególnej znajomości przedmiotu zamówienia dotyczących parametrów kanału, materiałów, obciążeń itp., a część tych informacji nie wynikała z dokumentacji przetargowej, a zatem nie była znana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Tym samym wskazany podmiot miał uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu i mógł znacznie wcześniej przygotować ofertę i ustalić korzystniejsze warunki ewentualnych

umów dostawczych i podwykonawczych. Z analizy siwz dokonanej przez odwołującego wynika, że obliczenia wytrzymałościowe zostały wykonane w oparciu o wykładzinę produkowaną przez wskazany podmiot, wskazano przy tym na metodę renowacji sieci kanalizacyjnej jako AARSLEFF. Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że firma Per Aarsleff sp. z o.o. poprzez przeprowadzenie określonych badań wytrzymałościowych miała wpływ na ostateczny kształt siwz, w tym w szczególności w zakresie wymogów dotyczących rękawa uszczelniającego, a w konsekwencji zwiększyła swoją przewagę nad innymi wykonawcami. Odwołujący podniósł przy tym, że oferenci mieli problemy z określeniem zakresu robót

4

renowacyjnych, co potwierdzają zadawane pytania (nr 4 i 26 z 10.08.2010 r.), natomiast wskazany wykonawca mając dostęp do niezbędnych informacji dużo wcześniej i mając istotny wpływ na proces tworzenia specyfikacji i opisu przedmiotu zamówienia, posiadał niezbędne informacje do należytego oszacowania oferty, co pozwalało na zminimalizowanie ewentualnego ryzyka i obniżenie ceny ofertowej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości uznając jego zarzuty za bezzasadne. Wskazał, że w odwołaniu nie przedstawiono dowodu na potwierdzenie zaistnienia okoliczności będących podstawą wykluczenia wykonawcy z powodu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp. W ocenie zamawiającego przedstawione przez przystępującego doświadczenie w renowacji metodą bezwykopową kanałów o charakterze stricte sanitarnym, jak i ogólnospławnym zawierających w sobie pojęcie sieci sanitarnych potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do kolejnego zarzutu wskazał, że termin składania ofert został określony na dzień 10.09.2010 r. na godzinę 10, a co za tym idzie termin związania ofertą rozpoczął się z chwilą upływu terminu składania ofert, to jest po godzinie 10.00 w dniu 10.09.2010 r., a w związku z powyższym dzień składania ofert jest wliczany do okresu związania ofertą.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – konsorcjum reprezentowane przez Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „PEKUM” Sp. z o.o. w Olsztynie - wniósł o oddalenie odwołania.

Potwierdził, iż zgodnie z treścią ogłoszenia oraz siwz okres związania ofertą ustalono na 60 dni, a terminem składania ofert był dzień 10 września 2010 r.

Na wskazany okres związania ofertą przystępujący wniósł wymagane wadium, brak jest zatem podstaw do postawienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz żądania wykluczenia z postępowania i uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W zakresie drugiego zarzutu odwołania przystępujący stwierdził, że kwestionowane roboty budowlane wykazane w treści oferty spełniają wymogi opisane w pkt 5.1.2 tiret 2 instrukcji dla wykonawców (IDW), gdyż są to roboty dotyczące wykonania renowacji sieci sanitarnej metodą bezwykopową w technologii rękawa o długości powyżej 10.000 mb. Przystępujący stwierdził, że odwołujący poza przytoczeniem pojęcia sieci kanalizacyjnej jako obejmującego sieć sanitarną, sieć ogólnospławną jak i deszczową, nie przywołuje źródeł i dowodów na istnienie tego rodzaju definicji i podziału sieci, a przywołuje elementy tak zdefiniowanego podziału na potrzeby

5

argumentacji odwołania. Przystępujący wskazał, że w części wstępnej IDW w pkt 3.1. podano nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (w zakresie objętym sporem) wskazując na: roboty w zakresie rurociągów do przesyłu wody, roboty budowlane w zakresie budowy wodociągów i rurociągów do odprowadzania ścieków, roboty w zakresie kanalizacji ściekowej, roboty w zakresie kanałów ściekowych. Wskazał również na zbieżne pojęciowo kody CPV np. roboty budowlane w zakresie rurociągów wody ściekowej, roboty w zakresie ścieków, roboty budowlane w zakresie budowy rurociągów do odprowadzania ścieków i inne. Stwierdził przy tym, że przywołane w IDW roboty sanitarne nie dotyczą robót związanych z kanalizacją. Przystępujący podkreślił, że żadna z powołanych definicji nie zawiera pojęcia „sieci sanitarne”, a pojęcie to nie występuje również w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w

wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, natomiast w prawie budowlanym (art. 14) przewiduje się uprawnienia w zakresie ...sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych... Przystępujący kwestionuje utożsamianie pojęcia sieci sanitarnej użytego w siwz z pojęciem kanalizacji sanitarnej. Zdaniem przystępującego roboty wykazane w złożonych referencjach uwzględniając ich opis oraz użycie określenia „kanalizacja ogólnospławna” potwierdza tezę, że z braku definicji ustawowych, do oceny robót wykonanych przez niego należy przyjąć powszechną definicję kanalizacji obejmującą system rur, koryt, kolektorów służący do odprowadzania ścieków sanitarnych (kanalizacja sanitarna), deszczowych (kanalizacja deszczowa) lub sanitarnych i deszczowych (kanalizacja ogólnospławna). Z powyższego wywodzi, że roboty wykonane w ramach robót przy kanalizacji ogólnospławnej spełniają powołane wymogi zamawiającego, gdyż kanalizacja ogólnospławna w tej definicji obejmuje również kanalizację sanitarną.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 przystępujący stwierdził, że nie jest prawdą, by jeden z członków konsorcjum Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. wykonywał bezpośrednio na rzecz zamawiającego jakiekolwiek prace związane z przygotowaniem postępowania, a konsorcjum nie posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Przystępujący stwierdził, że metoda wskazana w siwz została przywołana w ślad za metodą przyjętą w projekcie, zaś projektant użył bogatego doświadczenia Per Aarsleff Polska Sp. z o.o., które zostało opublikowane w powszechnie dostępnych źródłach fachowych, podobnie jak wiele innych metod i technologii wynikających z praktyki wykonawczej, przy czym

6

technologia ta nie jest jedyna i unikatowa w technologii robót objętych siwz i podobne są powszechnie dostępne dla zainteresowanych przedmiotem.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz przystępującego oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 dotyczący wniesienia przez przystępującego wadium na okres krótszy od okresu związania ofertą, Izba stwierdza, że zarzut jest nieuzasadniony. Niesporne w sprawie jest, iż terminem składania ofert był dzień 10.09.2010 r., a okres związania ofertami wynosi 60 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, a powyższe oznacza, że przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, a więc dzień, w którym nastąpiło zdarzenie dające początek biegu terminu, a w okolicznościach niniejszej sprawy jest to dzień 10.09.2010 r. Powyższe oznacza, że termin związania ofertą upływa dnia 8.11.2010 r. Tym samym stwierdzić należy, iż wadium wniesione w formie gwarancji wadialnej obowiązujące do dnia 8.11.2010 r. obejmuje cały wymagany okres związania ofertą, co oznacza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i zastosowania w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez uznanie spełnienia przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2 tiret 2 Instrukcji dla wykonawców skład orzekający uznaje za nieuzasadniony. Należy zauważyć, że zgodnie z pkt 5.1.2 tiret 2 Instrukcji dla wykonawców, dla uznania, że wykonawca spełnia wymagany warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żądał wykazania wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na renowacji (metodą bezwykopową) sieci sanitarnej w technologii rękawa o długości co najmniej 10 000 mb. Konsorcjum PEKUM przedstawiło w celu wykazania spełnienia wskazanego warunku roboty renowacji wykonane w technologii rękawa sieci ogólnospławnej o wymaganej długości. W ocenie składu orzekającego Izby, wobec braku normatywnej definicji pojęcia „sieci sanitarnej” należy przyjąć, że przedstawione przez przystępującego prace obejmują renowację sieci sanitarnej zważywszy, że wskazana w referencjach

sieć kanalizacji ogólnospławnej jest siecią, która, co jest niesporne, służy również odprowadzaniu ścieków o charakterze sanitarnym tj. ścieków bytowych, bytowo-gospodarczych i przemysłowych. Izba uznaje, że wymagania technologiczne w stosunku do urządzeń kanalizacyjnych przewidzianych do transportu łącznego ścieków sanitarnych i wód opadowych są tożsame z wymaganiami dla urządzeń kanalizacyjnych dla ścieków sanitarnych bez wód opadowych. Tym samym wykonawca przedstawiając doświadczenie w renowacji metodą bezwykopową kanałów o charakterze sanitarnym, jak i ogólnospławnym o długości co najmniej 10 000 mb. spełnił warunek udziału w postępowaniu, gdyż prace te mieszczą się w pojęciu renowacji sieci sanitarnych.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający nie miał podstaw zastosowania w prowadzonym postępowaniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający biorąc pod uwagę, że w niektórych częściach dokumentacji technicznej znajduje się zapis, że firma Per Aarsleff Polska sp. z o.o. wykonywała obliczenia wytrzymałościowe rękawa, dokonywał ustaleń, czy firma ta uczestniczyła w wykonaniu przedmiotowej dokumentacji technicznej. Z otrzymanych wyjaśnień od firmy Grontmij Polska sp. z o.o. wynikało, że obliczenia wytrzymałościowe rękawa będące częścią dokumentacji wykonane były w oparciu o dostępną bibliografię, w tym m.in. informator „Projektowanie w technologii Insituform” zawierający obliczenia wytrzymałościowe rękawa Insituform wykonane przez firmę Per Aarsleff Polska sp. z o.o., monografię prof. Andrzeja Kuliczewskiego „Rury kanalizacyjne tom II Projektowanie konstrukcji” zawierającą prezentację najczęściej stosowanych metod obliczeń konstrukcji kanałów odnawianych bezwykopowo wraz z przykładami obliczeniowymi, normy serii PN-EN 13566 „Systemy przewodów rurowych z tworzyw sztucznych do renowacji podziemnych bezciśnieniowych sieci kanalizacji deszczowej i sanitarnej część 1 i 4” oraz inne normy i materiały źródłowe. W ocenie Izby fakt, iż jednym ze źródeł wykorzystanych przez projektanta były wyniki obliczeń wytrzymałościowych rękawa dokonanych przez wykonawcę, który składał ofertę nie oznacza, iż podmiot ten wykonywał bezpośrednio lub pośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Tym samym nie zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....