

WYROK

z dnia 10 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o. ul. Księcia Witolda 7-9 lok.111, 71-063 Szczecin**

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Białaczów ul. Piotrkowska 12, 26-307 Białaczów

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane KUBIK Sp. z o.o. sp. k. ul. Dzińskiego 2/206, 31-465 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Gminie Białaczów: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Białaczów i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Białaczów na rzecz BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 770/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Białaczów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę oczyszczalni ścieków typu ECOLO-CHIEF do przepustowości 715 m³/dobę w miejscowości Białaczów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 19 grudnia 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 369918. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą ocenę i nieuprawnione uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a następnie – odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na poszerzenie (rozszerzającą interpretację) samodzielnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, co powoduje naruszenie zasady przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego KUBIK Sp. z o.o. Sp. komandytowa, czynności wykluczenia Odwołującego i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz poddanie oferty Odwołującego procedurze wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych złożył wykaz ośmiu robót, z których trzy (opisane w poz. 1, 2, 5) spełniały łącznie kryteria rodzaju robót: przebudowa, rozbudowa lub modernizacja oczyszczalni ścieków oraz przepustowości oczyszczalni: co najmniej 500 m³/dobę, określone w warunku udziału w postępowaniu (rozdz. 9.2.3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Treść powyższego warunku jest następująca: „Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie należało wykonać co

najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na przebudowie i/lub rozbudowie i/lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q = 500 \text{ m}^3/\text{dobę}$ ”.

W powyższym zakresie Odwołujący wskazał, iż polega na zasobach innego podmiotu – Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska 4eco Sp. z o.o. Ponieważ Zamawiający zakwestionował możliwość posiłkowania się zasobami tego podmiotu, wezwał Odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby zastąpił Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska 4eco Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe w zakresie doświadczenia zawodowego.

Odwołujący, zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego, przekazał wykaz robót, które wykonywał samodzielnie, jako podwykonawca, wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

22 marca 2017 r. Zamawiający Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 16 (mając na uwadze treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego, Odwołujący przyjął, iż druga podstawa prawna to art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych). W odpowiedzi na powyższą decyzję Odwołujący wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 592/17), które Zamawiający uwzględnił.

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedłożenia dodatkowych dokumentów, poddając np. w wątpliwość należyte wykonanie wykazywanych robót lub innych szczegółowych wyjaśnień (np. uzupełnienia o kopie wszystkich faktur, protokołów odbiorów częściowych).

W odpowiedzi na powyższe wezwania Odwołujący w wyznaczonych terminach przekazał Zamawiającemu żądane dokumenty.

Zamawiający w swojej decyzji z 14 kwietnia 2017 r. o wykluczeniu Odwołującego podniósł dokładnie takie same argumenty, jak w decyzji o wykluczeniu z 22 marca 2017 r., które w następstwie wniesionego odwołania w całości uwzględnił.

Wykazane przez Odwołującego roboty budowlane wykonane zostały na oczyszczalniach ścieków o przepustowości nie mniejszej niż $500 \text{ m}^3/\text{dobę}$ i polegały na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji wskazanych oczyszczalni ścieków. Przyjmując znaczenie pojęcia „przebudowa” zgodnie z definicją ujętą w art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 2004 r. Prawo budowlane, natomiast pojęcia „rozbudowa” i „modernizacja” w potocznym (słownikowym) rozumieniu, nie może być wątpliwym, iż wykazane roboty budowlane polegały dokładnie na takich pracach. Ich zakres stanowił pewną całość z punktu widzenia techniczno-użytkowego, a w efekcie ich wykonania następowała zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącej oczyszczalni (przebudowa) lub powstawała nowa część istniejącej oczyszczalni (rozbudowa) lub dochodziło do unowocześnienia, trwałego polepszenia efektów pracy oczyszczalni ścieków (modernizacja).

Poszerzanie rozumienia treści warunku udziału ujętego przepisem rozdz. 9.2.3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakiego próbuje dokonywać Zamawiający, na etapie oceny i wyboru oferty jest nieuprawniona i niedopuszczalna. Oczyszczalnia ścieków jest stosunkowo skomplikowanym pod względem technicznym i technologicznym obiektem, na który składają się budynki i liczne budowle (instalacje, urządzenia). I trudno byłoby dokonać takiej interpretacji treści wskazanego warunku udziału, aby rozumieć go jako konieczność objęcia wykazywanymi robotami budowlanymi: przebudową, rozbudową lub modernizacją wszystkich budynków i budowli oczyszczalni. Byłoby to tym bardziej nielogiczne, że istniejące oczyszczalnie opierają swoją technologię oczyszczania ścieków o różne schematy technologiczne, tym samym składają się z różnych budowli, a Zamawiający nie wskazał, jakie budynki lub budowle musiały zostać objęte przebudową, rozbudową lub modernizacją wykazywanymi robotami.

Całkowicie nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że „roboty budowlane polegające na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni z natury rzeczy muszą obejmować całość układu, a nie wyłącznie jeden z wielu elementów”. Dokonanie rozbudowy lub modernizacji nawet jednego z elementów oczyszczalni skutkuje przecież w swoim efekcie zmianą parametrów użytkowych lub technicznych istniejącej oczyszczalni lub trwałym polepszeniem efektów pracy oczyszczalni ścieków. Nie zawsze roboty budowlane polegające na rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni polegają na rozbudowie lub modernizacji wszystkich obiektów, instalacji i urządzeń oczyszczalni ścieków.

Twierdzenie Zamawiającego, iż zwrot „roboty budowlane polegające na przebudowie, budowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków” definiuje zakres robót, który ma obejmować techniczno-użytkową całość, jaką jest oczyszczalnia ścieków, jest tylko nieudolną i nieuprawnioną próbą nadania innego, szerszego i uznaniowego znaczenia sformułowanemu warunkowi udziału, niż wynika to wprost z jego treści. Tym bardziej, że Zamawiający w żadnym dokumencie przetargowym nie podjął nawet próby zdefiniowania pojęcia użytego w treści warunku, któremu teraz próbuje nadać inne znaczenie. Jeżeli więc Zamawiający nie nadał własnego znaczenia użytemu sformułowaniu

(nie zdefiniował odrębnie tego pojęcia), to należy posilkować się taki jego rozumieniem, które wynika wprost albo z przepisów prawa, albo z potocznego ich znaczenia. W odniesieniu do pojęcia „roboty budowlane” należy odnieść się do przepisu art. 2c w związku z art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią art. 30 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał następujące kody CPV opisujące przedmiot zamówienia: 45252127-4 roboty budowlane w zakresie oczyszczalni ścieków, 45100000-8 przygotowanie terenu pod budowę, 45200000-9 roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, 45315100-9

instalacyjne roboty elektrotechniczne, 45400000-1 roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych.

Mając dodatkowo na uwadze, iż zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych warunek udziału musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a wszystkie roboty budowlane wykazane przez Odwołującego, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu: odpowiadają robotom budowlanym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, które zostały uszczegółowione (zidentyfikowane) przez Zamawiającego kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV); są objęte wykazem zawartym w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r. poz. 1125); polegały na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji obiektów, urządzeń lub instalacji oczyszczalni ścieków (oczyszczalnia Redlica – inwestycja pn. budowa i przebudowa oczyszczalni ścieków..., oczyszczalnia Maszewo – inwestycja pn. przebudowa oczyszczalni ścieków, oczyszczalnia Kostomłoty – inwestycja pn. rozbudowa oczyszczalni ścieków); wykonywane były na oczyszczalniach ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 500 m³/dobę; ich należyte wykonanie potwierdzają referencje udzielone Odwołującemu po ich wykonaniu; co powoduje, iż w pełni odpowiadają wymaganiom Zamawiającego ujętym w warunku udziału w postępowaniu. W kwestii, poszerzania znaczenia sformułowanych zapisów na etapie oceny ofert, tak jednolicie ukształtowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wyroki sądów okręgowych wskazują, iż wszelkie wątpliwości, takie jak w przedmiotowym postępowaniu, powstałe na tle swobodnej interpretacji zapisów specyfikacji dokonywanej przez Zamawiającego dopiero na etapie oceny ofert, muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykazane roboty budowlane nie były również bagatelne, co sugeruje Zamawiający pisząc, iż stanowiły tylko fragment prac, zarówno co do wykazanego ich zakresu – realizowane roboty dotyczyły obiektów, urządzeń lub instalacji oczyszczalni ścieków, jak i co do ich wartości – łączna wartość wykazanych robót, stanowi ok. 70% ceny ofertowej netto złożonej przez Odwołującego oferty. Przy czym, co jest istotne – Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu nie wprowadził żadnego miernika odnoszącego się do wartości uprzednio wykonanych robót.

Podając faktyczne uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający, dokonując poszerzającej interpretacji postanowień zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia ewidentnie potwierdza naruszenie jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień – obowiązku zachowania przejrzystości, wskazanej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego żądania Odwołującego wyrażone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie z następujących przyczyn. 22 marca 2017 r. Zamawiający podjął czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania. W treści informacji o wykluczeniu zostały błędnie, niezgodnie z intencją Zamawiającego, przywołane jednostki redakcyjne nie stanowiące podstawy prawnej rzeczonych czynności – Zamawiający odniósł się mianowicie do art. 24

ust. 12 oraz nieistniejącego art. 24 ust. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych Natomiast rzeczywistym zamiarem Zamawiającego było wykluczenie w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, co Zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołania skorygował. Tym samym obecnie procedowane odwołanie nie odnosi się do czynności Zamawiającego polegających na uwzględnieniu odwołania z 27 marca.

14 kwietnia 2017 r. Zamawiający podjął rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o zamówienie. W treści rozstrzygnięcia w sposób wyczerpujący podał uzasadnienie faktyczne i prawne stanowiące podstawę wykluczenia: art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niewykazaniem przez Odwołującego spełnienia warunku

udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia. Istotą przedmiotowego sporu jest znaczenie treści owego warunku.

Zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się udzielenie przedmiotowego zamówienia posiadał doświadczenie zawodowe wyrażające się wykonaniem w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składnia oferty co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na przebudowie lub rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q=500 \text{ m}^3/\text{dobę}$. W ocenie Zamawiającego przez powyższe sformułowanie należy rozumieć wymóg wykonania całości robót odnoszących się do przebudowy lub rozbudowy, lub modernizacji oczyszczalni ścieków, o zdefiniowanych w treści warunku parametrach. Odwołujący prezentuje natomiast pogląd, zgodnie z którym wykonanie drobnych, wycinkowych fragmentów robót w ramach prac obejmujących kompleksowe przebudowy, rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków również należy traktować jako przebudowę, rozbudowę lub modernizację.

Zamawiający istotnie nie definiował, jakie budynki czy budowle w obrębie danej oczyszczalni mają być przedmiotem robót, by zyskać miano przebudowy, rozbudowy lub modernizacji. Powyższe jednak nie może oznaczać – jak chciałby tego Odwołujący – że można przez to rozumieć zakres całkowicie dowolny. Oświadczenie woli, zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego, należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Z tym zastrzeżeniem, że – co wskazywał Zamawiający w treści rozstrzygnięcia – postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności warunki udziału w postępowaniu – co jest jednolicie przyjmowane w doktrynie i orzecznictwie – podlegają wykładni obiektywnej, a nie subiektywno-indywidualnej. Powyższe wynika z konieczności ochrony zaufania wszystkich uczestników wielostronnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też znaczenie i treść warunku udziału w postępowaniu należy odtwarzać opierając się przede wszystkim na jego brzmieniu literalnym, z uwzględnieniem reguł językowych stosowanych w branży do której adresowane jest zamówienie.

Odwołujący nie miał jakichkolwiek podstaw, by jednoznacznie, zrozumiałe dla każdego rozsądnego uczestnika obrotu sformułowanie „wykazać się należytym wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na przebudowie lub rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków” rozumieć odmiennie od rzeczywistej woli Zamawiającego. Zamawiający w najmniejszej mierze nie polemizuje z zasadą *in dubio contra proferentem*, a jedynie wskazuje, że reguły tej nie można doprowadzać do postaci karykaturalnej oraz że adresat oświadczenia może się skutecznie powoływać na takie rozumienie treści oświadczenia woli Zamawiającego, które było rezultatem jego starannych zabiegów interpretacyjnych. Oznacza to, że jego zaufanie będzie chronione wyłącznie

wówczas gdy każdy uczestnik obrotu, znajdujący się w analogicznej do niego sytuacji, a w szczególności dysponujący takim samym zakresem wiedzy o oświadczeniu i okolicznościach jego złożenia, zrozumiałby jego znaczenie tak samo. Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku branżowym, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. W toku postępowania wszyscy wykonawcy, za wyjątkiem Odwołującego, rozumieli je w sposób zbieżny z Zamawiającym, a jego reinterpretacji Odwołujący zaczął dokonywać dopiero w momencie, w którym Zamawiający dokonał jego wykluczenia z postępowania.

Odnosząc poczynione wyżej rozważania co do istoty przedmiotowego sporu Zamawiający wskazuje, że zakres prac wykonanych przez Odwołującego na oczyszczalniach Kostomłoty, Maszewo oraz Redlica wydaje się być niesporny, rozbieżność stanowisk dotyczy jedynie oceny tego, czy zakres tych prac odpowiada zdefiniowanemu przez Zamawiającego warunkowi. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w ramach robót prowadzonych na każdej z wymienionych wyżej oczyszczalni Odwołujący wykonywał jedynie pewne drobne, zarówno pod względem wartościowym, jak i zakresowym, fragmenty, stanowiące odpowiednio 14%, 12,5% oraz 6,4% wartości całości danych robót. Zamawiający zgadza się z oczywistymi twierdzeniami Odwołującego, zgodnie z którymi istniejące oczyszczalnie opierają swoje technologie oczyszczania o różne schematy technologiczne, tym samym składają się z różnych budowli. Zamawiający jest skłonny również podzielić pogląd, zgodnie z którym zakresy konkretnych przebudów, modernizacji oraz rozbudów nie muszą obejmować wszystkich obiektów danej oczyszczalni. Nie ulega jednak wątpliwości, że zakres przebudowy, rozbudowy lub modernizacji na danej oczyszczalni jest, przy uwzględnieniu

specyfikacji zastosowanej technologii oraz potrzeb inwestora, definiowany każdorazowo. Zatem, to zamawiający, zlecając dane roboty budowlane przesądza o obszarze, który z technicznego punktu widzenia wyznacza daną rozbudowę, przebudowę lub modernizację. Tym samym Odwołujący pozostając na gruncie „zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku branżowym” nie może interpretować treści warunku w całkowitym oderwaniu od przedmiotów robót budowlanych zdefiniowanych w ramach konkretnych zamówień, w których sam brał udział. Jest bezspornym, że wykazanie wykonania niewielkiego wycinka przebudowy czy rozbudowy bądź modernizacji oczyszczalni ścieków nie może być rozumiane jako wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który stanowił o konieczności wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na przebudowie lub rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q=500 \text{ m}^3/\text{dobę}$.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane KUBIK Sp. z o.o. sp. k., który poparł stanowisko Zamawiającego.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Jak wynika z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadał doświadczenie zawodowe wyrażające się wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda polegała na przebudowie lub rozbudowie, lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej $Q=500 \text{ m}^3/\text{dobę}$.

Jak wskazał Zamawiający w swoim stanowisku, przez powyższe sformułowanie należy rozumieć wymóg wykonania całości robót odnoszących się do przebudowy lub rozbudowy, lub modernizacji oczyszczalni ścieków, o zdefiniowanych w treści warunku parametrach – czy też dokładniej: całość zleconej w ramach zamówienia przebudowy, rozbudowy lub modernizacji.

W ocenie Izby taka interpretacja nie wynika jednak z brzmienia warunku.

Kluczowymi określeniami użytymi w warunku są: „roboty budowlane”, „przebudowa”,

„rozbudowa”, „modernizacja” oraz „oczyszczalnia ścieków”, a także odniesienie: „z których każda polegała na”.

Znaczenie określeń związanych z prawem budowlanym nie jest sporne pomiędzy Stronami: Zamawiający nie kwestionował, że wskazane przez Odwołującego prace były robotami budowlanymi, ani tego, że pod względem klasyfikacji budowlanej były odpowiednio przebudową, rozbudową lub modernizacją oczyszczalni ścieków, zatem Izba nie będzie rozwijała w uzasadnieniu wątku związanego z interpretacją tych pojęć.

Zamawiający kwestionował jedynie zakres wykonanych przez Odwołującego prac. Tymczasem z brzmienia warunku nie wynika żaden minimalny wymagany zakres wykonywanych robót budowlanych – czy to określony rzeczowo, czy też wartościowo. Jedynym wymogiem jest, aby polegały one na wykonywaniu robót budowlanych – co zostało spełnione; oraz – aby każde z tych robót polegało na przebudowie lub rozbudowie, lub modernizacji oczyszczalni ścieków o wskazanej przepustowości – co również zostało spełnione.

Tym samym – w świetle treści warunku – każde, nawet „drobne i wycinkowe” wykonanie robót budowlanych, nawet w ramach większych prac, ale dające się zakwalifikować jako

„przebudowa”, „rozbudowa” lub „modernizacja” oczyszczalni ścieków spełnia tak postawiony warunek.

Możliwe jest, że z profesjonalnego, praktycznego i logicznego punktu widzenia doświadczenie Odwołującego nie jest wystarczające do samodzielnego wykonania prac będących przedmiotem zamówienia, ale formalnie spełnił on minimalne wymagania Zamawiającego, zatem, zgodnie z przyjętą procedurą, nie może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

To, że warunek został postawiony nieprawidłowo pod kątem przydatności do zbadania stopnia doświadczenia wykonawcy składającego ofertę, jest winą Zamawiającego i to on, na własne życzenie, w konsekwencji ponosi ryzyko przyjęcia takiej oferty. Zamawiający bowiem już w samym warunku powinien był wskazać zakres wymaganych prac bardziej dokładnie niż tylko poprzez ich kwalifikację jako przebudowy, rozbudowy lub modernizacji, które to pojęcia są bardzo szerokie i tak naprawdę niczego nie mówią o konkretnym doświadczeniu wykonawcy – będą obejmowały bowiem zarówno kompleksową zmianę całej oczyszczalni, jak i jej drobnego fragmentu.

Na marginesie należy wskazać – w ramach przykładu podanego przez Zamawiającego podczas rozprawy – że doświadczenie wykonawcy, który wykonał prace, w których całość zlecenia dotyczyła modernizacji oświetlenia budynku oraz wykonawcy, który był podwykonawcą większych robót, ale jego prace dotyczyły jedynie modernizacji

oświetlenia budynku, jest zasadniczo takie samo. Tym samym samo wskazanie, że całościowe wykonanie przebudowy, rozbudowy lub modernizacji jest „lepsze” niż wykonanie fragmentu przebudowy, rozbudowy lub modernizacji – bez odniesienia do ich zakresu rzeczowego, rozmiaru i stopnia skomplikowania – nie jest właściwą metodą porównania doświadczenia poszczególnych wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 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).

Przewodniczący.....