

Sygn. akt: KIO/1652/10

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Bogdan Miedziński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CONSULTING GROUP (pełnomocnik), 2) Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 3) Janusz Rybka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Inwestorskie z adresem dla pełnomocnika: ul. Warzywna 3, 95-200 Pabianice** odwołania, od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Gmina Teresin, ul. Zielona 20, 96-515 Teresin,**

przy udziale wykonawcy **Grontmij Polska Sp. z o.o., Ziębicka 35, 60-164 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Teresin, ul. Zielona 20, 96-515**

Teresin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Bogdan Miedziński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CONSULTING GROUP (pełnomocnik), 2) Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 3) Janusz Rybka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Inwestorskie z adresem dla pełnomocnika: ul. Warzywna 3, 95-200 Pabianice;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Gmina Teresin, ul. Zielona 20, 96-515 Teresin** na rzecz odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Bogdan Miedziński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CONSULTING GROUP (pełnomocnik), 2) Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 3) Janusz Rybka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Inwestorskie z adresem dla pełnomocnika: ul. Warzywna 3, 95-200 Pabianice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;

- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Teresin, ul. Zielona 20, 96-515 Teresin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie roli Inżyniera dla projektu: Racjonalna gospodarka wodą w aspekcie społeczno-gospodarczego rozwoju Gmin Mazowska Zachodniego – Gmina Teresin«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778, a po opublikowaniu tekstu jednolitego – Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

22.04.2010 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 24787.

29.07.2010 r. [pismo z 27.07.2010 r.] zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy-konsorcjum Bogdan Miedziński prowadzący działalność pod nazwą Bogdan Miedziński CONSULTING GROUP, ul. Karłowicza 6, 05-270 Marki – Lider Konsorcjum i Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Warzywna 3, 95-200 Pabianice – Partner Konsorcjum oraz Janusz Rybka prowadzący działalność pod nazwą Biuro Inwestorskie Janusz Rybka, ul. Podwale 17b/1a, 50-043 Wrocław – Partner Konsorcjum, gdyż wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu nie wykazania spełnienia warunku określonego w rozdz. 9 specyfikacji posiadania wiedzy i doświadczenia:
 - a) wykonawca wykazał, że wykonywał nadzór nad realizacją wykazanego zadania jako Podmiot Odpowiedzialny za Realizację Projektu, a nie jako Inżynier Kontraktu, jak tego wymagał zamawiający, zamawiający stwierdził to po wezwaniu do złożenia wyjaśnień przez Urząd Miejski w Pabianicach, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp,
 - b) wykonawca wykazał, że będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego [Elektrocentrum sp. z o.o.], jednak wykonawca nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, gdyż podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca w niewielkiej części zamówienia.

03.08.2010 r. wykonawca-konsorcjum Bogdan Miedziński wniósł do Prezesa KIO odwołanie na wykluczenie odwołującego z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, gdyż zamawiający zaniechał

dokonania rzetelnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu;
- 3) wybór oferty wykonawcy-konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej [odwołujący wycofał się z tego żądania na rozprawie].

Argumentacja odwołującego

29 lipca 2010 zamawiający poinformował odwołującego o rozstrzygnięciu przetargu, w tym o dokonaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczenia z udziału w postępowaniu i zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp odrzuceniu oferty.

Dowód 1: pismo zamawiającego z 28.07.2010 r. znak ZP.343/4/10 wraz z potwierdzeniem jego przekazania faksem.

Stosownie do treści pkt 9 specyfikacji „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny spełnienia tych warunków” wykonawcy zobowiązani byli w szczególności do wykazania, że wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej;

a) jedną usługę, której przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych) dla zadania, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków o docelowej przepustowości co najmniej $Q_{sr.dob}=2.000 \text{ dm}^3/d$, wykonawca zobowiązany był podać przedmiot, wartość inwestycji (robót budowlanych) daty wykonania, odbiorców oraz załączyć dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane należycie oraz

b) jedną usługę, której przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres warunków kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych) dla zamówienia obejmującego budowę sieci kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej lub tłocznej) lub deszczowej o długości min. 10 km.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zwrócił się 22.07.2010 r. do Gminy Miejskiej w Pabianicach o wyjaśnienie czy Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. pełnił przy realizacji wskazanej inwestycji funkcję Inżyniera Kontraktu czy podmiotu odpowiedzialnego za realizację Projektu Funduszu Spójności.

Dowód 2: pismo zamawiającego znak ZP 343/4/10 z 22.07.2010 r.

W odpowiedzi Prezydent Pabianic złożył stosowne wyjaśnienia.

Dowód 3: pismo z 26.07.2010 r.

Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, od 27.11.2006 r., na mocy Umowy o przekazanie realizacji Projektu Funduszu Spójności nr 2004/PL/16/C/PE/034 pn. „Modernizacja i rozbudowa systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach” jest Podmiotem Odpowiedzialnym za Realizację Projektu (POZR). Zgodnie z postanowieniami tej Umowy Gmina Miejska Pabianice (Beneficjent środków unijnych) powierzyła spółce uprawnienia, obowiązki i odpowiedzialność beneficjenta jako Jednostki Odpowiedzialnej za Realizację Projektu wynikające z Decyzji Komisji Europejskiej oraz ustanowione w umowie o dofinansowanie.

Gmina Miejska Pabianice jako Beneficjent Końcowy ww. projektu potwierdza, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. pełni funkcję Podmiotu Odpowiedzialnego za Realizację Projektu i odpowiada za prawidłową realizację projektu nr 2004/PL/16/C/PE/034. Proces inwestycyjny projektu odbywa się zgodnie z wymogami polskiego prawa budowlanego i Warunkami Kontraktowymi FIDIC.

Pełnienie funkcji Podmiotu Odpowiedzialnego za realizację Projektu (POZR), jest pojęciem znacznie szerszym niż pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, ponieważ prócz zwyczajowo przyjętych zadań powierzanych Inżynierowi Kontraktu zakres obowiązków POZR obejmuje dodatkowo zadania właściwe Beneficjentom.

Na etapie badania ofert, zamawiający oceniając spełnienie warunku polegającego na wykonaniu jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres warunków kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych) dla zamówienia obejmującego budowę sieci kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej lub tłocznej) lub deszczowej o długości min. 10 km kierując zapytanie do odwołującego miał wątpliwości jedynie do terminu zakończenia wykazanej w załączniku nr 6 usługi, które to odwołujący w udzielonej odpowiedzi jednoznacznie rozstrzygnął.

Natomiast zamawiający w przytoczonym wezwaniu do wyjaśnień nie poddawał w wątpliwość charakteru wykonanej usługi. W złożonej ofercie odwołujący ograniczył ilość wykazywanych usług zgodnych z warunkami uczestnictwa opisanymi w pkt 9 ppkt 3 lit. b specyfikacji do niezbędnego minimum. Natomiast odwołujący posiadał i jest w stanie załączyć referencje z innych usług o wymaganym zakresie i charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, co jednak w ocenie odwołującego nie było konieczne w świetle otrzymanego wezwania do uzupełnienia oferty.

Dowód 4: wezwanie do uzupełnienia dokumentów – pismo znak ZP-343/4/10 z 07.07.2010 r.; odpowiedź odwołującego – pismo znak JRP-7020/848/2010 z 13.07.2010 r.

Nawiązując do uwagi zamawiającego kwestionującej charakter pełnionej usługi opisanej w załączonych referencjach odwołujący wyjaśnia, iż żaden przepis powszechnie obowiązujący nie określa definicji Inżyniera Kontraktu.

Ponadto zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 20 czerwca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1730/06 spełnienie warunku w zakresie niezbędnego doświadczenia nie oznacza konieczności wykazania przez wykonawcę usług identycznych z przedmiotem zamówienia. W tej sytuacji

zakres pojęciowy „Inżyniera Kontraktu” należałoby odnieść do opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający – Gmina Teresin w części III specyfikacji, stanowiącej przyszły załącznik do umowy, szczegółowo opisał zadania, jakie będzie realizował „Inżynier Kontraktu”.

Odwołujący złożył wykaz wykonanych usług odpowiadających swoim charakterem usługom stanowiącym przedmiot postępowania.

Dowód 5: załącznik nr 6 do formularza oferty p.t. „Wykaz wykonanych usług”.

Twierdzenie zamawiającego jakoby odwołujący powołując się na zasoby podmiotu trzeciego w świetle postanowień art. 26 ust. 2b Pzp nie przewidział ich do wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia w zakresie niezbędnym, a jedynie wykazał jego udział jako podwykonawcy w niewielkiej części jest nieprawdziwe. Podana w ofercie nazwa części zamówienia przewidziana do powierzenia podwykonawcy i zgodna z jego zobowiązaniem określa zagadnienie w odniesieniu do procedur FIDIC w sposób ogólny opisując zakres przewidzianego świadczenia, co nie stanowiło katalogu zamkniętego.

Dowód 6: opis części zamówienia zamierzony do powierzenia podwykonawcy – wg formularza oferty oraz oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu swoich zasobów.

Zamawiający w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp był w posiadaniu referencji Ekocentrum Sp. z o. o., tj. podmiotu którego zasoby będą wykorzystane przy realizacji zamówienia i który prowadził kontrakt p.n. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Brzegu”, tj. usługi opisanej w przywołanym już pkt 9 lit. a specyfikacji „Opis warunków udziału”. Z treści złożonej oferty oraz całokształtu załączonych w niej dokumentów wynikał zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami specyfikacji.

Dokonując badania i oceny ofert, zamawiający powinien brać pod uwagę jej treść, badać zamiar strony, a nie opierać się wyłącznie na dosłownym brzmieniu oferty (art. 65 Kc), wyrok KIO z 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 16/09.

W świetle art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania może się opierać na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów zamierza korzystać.

W przedmiotowym postępowaniu nie ulega wątpliwości, iż podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada, tj. zgodnie ze specyfikacją – doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych) dla zadania, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków o docelowej przepustowości co najmniej $Q_{sr.dob}=2.000 \text{ dm}^3/\text{d}$, a odwołujący jest w stanie wykazać iż podczas realizacji zamówienia będzie korzystał z zasobów innych zasobów w pełnym zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia.

Dowód 7: referencje Ekocentrum Sp. z o. o.

Dostępność zasobów podmiotów trzecich winna być starannie badana przez zamawiającego. Powyższe wynika z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jak i orzecznictwa ETS. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50 podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy

wykonawca jest odpowiedni w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta winna mieć na celu umożliwienie upewnienia się, że zwycięski oferent będzie mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez czas trwania zamówienia.

W ocenie odwołującego podstawę do weryfikacji stanowi przywołany jako dowód nr 5 załącznik nr 6 do oferty wraz z referencjami.

W przypadku istnienia wątpliwości co do rzetelnej weryfikacji ustawodawca wyposażył zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania umożliwiających dokonywanie wnikliwej oceny ofert z czego nie skorzystał zamawiający i nie zwrócił się do odwołującego o szczegółowe doprecyzowanie zakresu części zamówienia przewidzianego do realizacji przez podwykonawcę, a tym samym zamawiający dopuścił się zaniechania dokonania czynności rzetelnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego.

Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Tym samym rozstrzygnięcie dokonane przez zamawiającego 28.07.2010 r. jest obarczone wadami prawnymi i naruszeniami ustawy Prawo zamówień publicznych, które uniemożliwiają skuteczne zawarcie umowy.

Wskazane wyżej naruszenia spowodowały naruszenie interesu odwołującego, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia publicznego.

03.08.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

04.08.2010 r. zamawiający przesłał faksem w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

05.08.2010 r. wykonawca Grontmij Polska złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

11.08.2010 r. wykonawca Grontmij Polska złożył pismo procesowe.

13.08.2010 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Argumenty zamawiającego

Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał wykluczenia z przedmiotowego postępowania Odwołującego, ze względu na fakt, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Dowód 1 – pismo zamawiającego z 28 lipca 2010 r. znak ZP 343/4/10*).

Zdaniem zamawiającego, Odwołujący w złożonej ofercie oraz w dokumentach złożonych w następstwie wezwania do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń/pełnomocnictw z 7 lipca 2010 r., nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia (Dowód 2 – pismo zamawiającego z 7 lipca 2010 r., znak ZP 343/4/10 *. Dowód 3 – oferta Odwołującego *, Dowód 4 – pismo odwołującego z 13 lipca 2010 r., znak pisma JRP/7020748/2010. data wpływu: 14 lipca 2010 r *X

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego podniesionych w odwołaniu, zamawiający informuje, że rzetelnie i w pełnym zakresie zbadał zakres czynności powierzony Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. z siedzibą w Pabianicach jako Podmiotowi Odpowiedzialnemu za Realizację Projektu na podstawie Umowy o przekazanie realizacji Projektu Funduszu Spójności nr 2004/PL/16/C/PE/034 pn. „Modernizacja i rozbudowa systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach”.

Po dokonaniu analizy złożonych dokumentów, w piśmie z 7 lipca 2010 r. skierowanym do Odwołującego i wzywającym go do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw, zamawiający poinformował Odwołującego, że nie wykazał on, że wskazany – w tabeli zawierającej wykaz wykonanych usług – jako wykonawca Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. z siedzibą w Pabianicach, pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres warunków kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych). W dalszej treści pisma zamawiający kontynuował, że z wyżej cytowanej treści warunku wynika, że wykonawcy zobowiązani byli do wykazania, że wykonali w wymaganym okresie wskazaną usługę. Odwołujący wskazał w kolumnie oznaczonej jako data wykonania, że zakończenie projektu nastąpi 31 grudnia 2010 r.

Podniesione przez Odwołującego w odwołaniu twierdzenie, że zamawiający miał wątpliwość jedynie do terminu zakończenia wykazanej usługi jest bezzasadne. Zamawiający poddał przede wszystkim w wątpliwość charakter wykonanej usługi. Odwołujący na tym etapie postępowania miał możliwość wykazania, że wykonał usługę spełniającą wymagania zamawiającego, z czego nie skorzystał.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP zwrócił się do Gminy Miejskiej w Pabianicach (siedziba: Urząd Miejski w Pabianicach, ul. Zamkowa 16, 95-200 Pabianice) o wyjaśnienie, czy Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. z siedzibą w Pabianicach pełnił przy realizacji kontraktu pn. „Modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach” (Projekt FS nr 2004/PL/16/C/PE/034), funkcję Inżyniera Kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres warunków kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych) czy był podmiotem odpowiedzialnym za Realizację Projektu Funduszu Spójności. Z przedłożonej przez Prezydenta Miasta Pabianic reprezentującego Gminę Miejską Pabianice odpowiedzi (pismo z 26 lipca 2010 r.) bezsprzecznie wynika, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. pełni funkcję Podmiotu Odpowiedzialnego za Realizację Projektu (Dowód 9 -Pismo Prezydenta Miasta Pabianice*).

Odwołujący wykazał, że wykonywał nadzór nad realizacją zadania pn. „Modernizacja i

rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach", jako Podmiot Odpowiedzialny za Realizację Projektu a nie jako Inżynier Kontraktu. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, wykonawca miał wykazać, że wykonał usługę, której przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu o zakresie nie mniejszym niż zakres warunków kontraktu FIDIC (lub innych równoważnych). W związku z powyższym w opinii zamawiającego wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołującego ustalono co następuje:

Odwołujący w złożonej 6 lipca 2010 r. ofercie, w tabeli zawierającej Wykaz wykonanych usług wykazał jako doświadczenie wymagane w specyfikacji, pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przez Ekocentrum Sp. z o. o. przy realizacji projektu pn. „Oczyszczanie ścieków w Brzegu”, w ramach którego wykonywał określone kontrakty oraz projektu pn. „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Ptaszków w Krakowie”. Jako wykonawca tych zadań został wymieniony Ekocentrum Sp. z o. o. – oznaczony jako partner konsorcjum. Ekocentrum Sp. z o. o. według załączonych przez Odwołującego dokumentów, nie występował w przedmiotowym postępowaniu jako Lider czy członek Konsorcjum ani w żaden inny sposób nie był powiązany z Odwołującym. Także z załączonych Referencji wynikało, że Ekocentrum Sp. z o. o. wykonywała zadania z podmiotami innymi niż wchodzącymi w skład Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wezwał Odwołującego 7 lipca 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do wykazania, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej usługi o których mowa w Rozdziale 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Instrukcja dla wykonawców (zwanej dalej IDW), na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący w dokumentach złożonych – w następstwie wezwania do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń/pełnomocnictw – w Urzędzie Gminy Teresin 14 lipca 2010 r. wykazał, że Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o. o. (zwany dalej: Ekocentrum Sp. z o. o.) z siedzibą przy ul. Budziszyńskiej 35/1, 54-434 Wrocław, występuje jako podmiot, którego zasoby (doświadczenie) będą wykorzystane przy realizacji zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy PZP. Jednocześnie wykonawca – Konsorcjum wykazał, że Ekocentrum Sp. z o. o. będzie Podwykonawcą przy realizacji części zamówienia (zakres tej części zamówienia jest niewielki biorąc pod uwagę całość zamówienia).

Zamawiający nie kwestionuje posiadania przez Ekocentrum Sp. z o. o. wymaganej w treści specyfikacji wiedzy i doświadczenia. W opinii zamawiającego, Odwołujący w złożonych dokumentach nie wykazał jednak, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w okresie jego realizacji. Na przedstawionym przez Odwołującego Formularzu ofertowym załączonym do oferty, zostało wskazane, że Odwołujący zamierza powierzyć Podwykonawcom wykonanie następującej części zamówienia: „Dla zadań realizowanych wg żółtego FIDIC współpraca przy weryfikacji koncepcji oraz Programów Funkcjonalno – Użytkowych przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków, budowy sieci kanalizacji

sanitarnej".

Odwołujący w Formularzu ofertowym bardzo precyzyjnie określił (pkt. 10), że zamierza powierzyć Podwykonawcom wykonanie konkretnej części zamówienia. Podana w ofercie nazwa części zadania wskazuje w opinii zamawiającego na udział Podwykonawcy jedynie w znikomej części zamówienia. Odwołujący podnosi w odwołaniu, że „Podana w ofercie nazwa części zamówienia przewidziana do powierzenia podwykonawcy i zgodna z jego zobowiązaniem określa zagadnienie w odniesieniu do procedur FIDIC w sposób ogólny opisując zakres przewidzianego świadczenia, co nie stanowiło katalogu zamkniętego”. Pomijając fakt, że opinii zamawiającego taka teza Odwołującego jest bezpodstawną, Odwołujący nie użył jakichkolwiek słów (typu: w szczególności, między innymi, np.), które mogłyby wskazać zamawiającemu, że katalog zadań powierzonych Podwykonawcy nie ma charakteru zamkniętego.

Odwołujący w piśmie z 13 lipca 2010 r. (Dowód 4), o którym mowa wyżej, zawierającym uzupełnienie oferty, wyraźnie napisał, że Ekocentrum Sp. z o. o. będzie Podwykonawcą przy realizacji części zamówienia.

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, a Odwołujący przedłożył stosowne – jego zdaniem - dokumenty. W świetle orzecznictwa KIO i sądów powszechnych dopuszczalne jest jedynie jednokrotne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu (np. wyrok KIO z 20 kwietnia 2009 r., Sygn. akt: KIO/UZP 437/09: „Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający, gdy stwierdzi brak dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o ich uzupełnienie, przy czym dopuszczalnym jest jedynie jednokrotne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu”).

Zgodnie ze złożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego – Ekocentrum Sp. z o.o., zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów, niezbędnych do realizacji jedynie niewielkiej części zamówienia, natomiast Odwołujący nie wykazał, że posiada samodzielnie doświadczenie zgodne z warunkami specyfikacji, ani że korzysta w pełnym zakresie z doświadczenia podmiotu trzeciego.

Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności, zamawiający podtrzymuje decyzję dotyczącą wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcę składającego odwołanie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na fakt, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP, ze względu na fakt, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzieleniu zamówienia.

Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, wnosi o oddalenie odwołania wniesionego 3 sierpnia 2010 r. przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o. o.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego – (dowód nr 1) kopię umowy o przekazanie realizacji projektu nr 2004/PL/16/PE/034 z 27 listopada 2006 r. na podstawie stron 3-5 odwołujący wywodzi, że zakres odpowiedzialności odwołującego znacznie przekraczał zakres działania inżyniera kontraktu wymaganego przez zamawiającego, zamawiającego – (dowód nr 2) »Zakres obowiązków inżyniera kontraktu« w celu wykazania zakresu obowiązków inżyniera kontraktu oraz przystępującego – (dowód nr 3) warunki kontraktowe FIDIC i (dowód nr 4) umowę Gminy Miejskiej Pabianic z Grontmij Polska Sp. z o.o. wraz z aneksem w celu wykazania, że w umowie występują trzy różne podmioty: zamawiający, inżynier kontraktu i wykonawcy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego ze względu na zaniechanie dokonania rzetelnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Pzp komisja przetargowa zamawiającego dokonuje oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W celu właściwego, rzetelnego wykonania tej czynności zamawiający dysponuje m.in. narzędziami określonymi w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Ze względu na konstrukcję art. 26 Pzp należy stwierdzić, że przepis ten nie narzuca dokonywania zamawiającemu poszczególnych czynności zgodnie z chronologią kolejnych ustępów tego artykułu.

Dlatego zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów dołączonych do oferty przez wykonawcę, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający może zaniechać tego działania jeżeli nie ma wątpliwości co do oświadczeń lub dokumentów dołączonych do oferty.

Ze względu na utrwalony pogląd, że zamawiający ma obowiązek jednokrotnego wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający powinien mieć w najwyższej mierze pewność, że wykonawca rozumie wymagania zamawiającego i że przedstawi właściwe dokumenty, o ile nimi dysponuje, aby postępowanie było w najwyższym stopniu konkurencyjne, tak aby zamawiający mógł wybrać realnie najkorzystniejszą ofertę.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający 07.07.2010 r. wezwał odwołującego o uzupełnienie dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto zamawiający zaniechał

wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, natomiast zamawiający – mając wątpliwości co do dokumentów dołączonych do oferty – zwrócił się o złożenie wyjaśnień do podmiotu trzeciego, Gminy Miejskiej Pabianice, i na podstawie uzyskanych tam informacji zamawiający wykluczył odwołującego.

Tym samym zamawiający zaniechał wystąpienia o wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp i zależnie od treści tych wyjaśnień zamawiający ewentualnie zaniechał wezwania odwołującego do uzupełniania dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Należy podkreślić, że wyjaśnienia złożone ustnie do protokołu podczas rozprawy nie mogą zastąpić wyjaśnień pisemnych złożonych zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp.

Jednocześnie skład orzekający Izby wskazuje, że wykonawcy byli obowiązani wykazać doświadczenie w zakresie nie mniejszym niż określone w specyfikacji, natomiast samo wykonywanie zamówienia różni się od doświadczenia i jest szczegółowo wskazane we wzorze umowy stanowiącym załącznik do specyfikacji. A strony i uczestnik postępowania przedstawiając na rozprawie wszystkie cztery dowody starały się skonkretyzować wykazane doświadczenie zamiast wykazać zakres doświadczenia wystarczający albo nie wystarczający do wykazania spełnienia warunków ustalonych w specyfikacji.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 Pzp ze względu na zaniechanie dokonania właściwej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania, naruszając art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 22 ust. 1 Pzp.

Ze względu na naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp zamawiający w konsekwencji naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....