

Sygn. akt: KIO 237/11

WYROK
z dnia 17 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.02.2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 04.02.2011 r. przez wykonawcę **POL-AQUA S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory Spółka z o.o., ul. Wodociągowa 10, 44-240 Żory** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w Żorach. Kontrakt nr 12: Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Żorach – zad. IX” (znak JRP/11/EL/35/2010)

przy udziale wykonawcy **K.T.S. ELPOM S.A., ul. Pruszkowska 24, 05-830 Nadarzyn** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania w wysokości 20 000,00 zł obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory Spółka z o.o., ul. Wodociągowa 10, 44-240 Żory** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **POL-AQUA S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory Spółka z o.o., ul. Wodociągowa 10, 44-240 Żory** na rzecz **POL-AQUA S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Gliwicach.**

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 237/11

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory Spółka z o.o., ul. Wodociągowa 10, 44-240 Żory prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w Żorach. Kontrakt nr 12: Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Żorach – zad. IX” (znak JRP/11/EL/35/2010).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **11.11.2010 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 219-335734.

W dniu **26.01.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **04.02.2011 r.** na czynności Zamawiającego polegającą na odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp oferty Odwołującego oraz w konsekwencji na wyborze oferty K.T.S. ELPOM S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- oraz innych przepisów ustawy Pzp i innych przepisów powszechnie obowiązujących wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

W dalszej części odwołania Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 26.01.2011 roku o wyborze jako najkorzystniejszej oferty K.T.S. ELPOM S.A.;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 26.01.2011 roku o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert;
- oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, unieważnienia decyzji o wyborze oferty K.T.S. ELPOM S.A. jako najkorzystniejszej oraz przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle jedynego kryterium badania ofert w niniejszym postępowaniu jakim jest cena.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w dniu 04.01.2011 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego pismem W715/JRP/6/EL/2011 do uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą. W punkcie 1.1 wezwania Zamawiający wskazał, że w złożonym przez wykonawcę wraz z ofertą załączniku nr 5 - wykazie wykonanych robót budowlanych, w pozycji 1 wskazana jest inwestycja pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” gdzie inwestorem jest Gmina Sosnowiec oraz że w kolumnie „Opis robót budowlanych” w ostatnim zdaniu jest informacja, że „Zmodernizowana oczyszczalnia ścieków posiada przepustowość: Qśrd - 65000 m³/d, Qmax - 6229 m³/h oraz obejmuje przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu” . Zdaniem Zamawiającego, z informacji tej, jak i z załączonych referencji nie wynika, że w ramach modernizacji wykonywane były roboty budowlane związane z przeróbką osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do uzupełnienia ww. załącznika o właściwy zapis, z którego jednoznacznie wynikało będzie wykonanie robót w w/w zakresie. Dodatkowo, w punkcie 1.2 wezwania nakazał uzupełnić dokumenty potwierdzające, że roboty o których mowa wyżej zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W odpowiedzi z dnia 14.01.2011 r. Odwołujący wskazał, iż nie zgadza się z zarzutami Zamawiającego jakoby z załączonych dokumentów nie wynikało, że w ramach modernizacji były wykonane roboty budowlane związane z przeróbką osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu, gdyż w samym załączniku nr 5 - wykazie wykonanych robót, Odwołujący oświadczył, iż „zmodernizowana oczyszczalnia posiada przepustowość Qśrd- 65000 m³/d, Qmax - 6229 m³/h oraz obejmuje przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu”. Jednakże z ostrożności Odwołujący załączył wyjaśnienia, które potwierdzały wykonanie robót związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Odwołujący wskazał ponadto na nietrafność wezwania do uzupełnienia referencji z zakresie ww. robót przytaczając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 roku (KIO/UZP 51/09), zgodnie z którym „Referencje nie służą potwierdzeniu warunków

udziału w postępowaniu. Fakt ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie należyte wykonanie konkretnego zamówienia”.

W uzasadnieniu zostało również wskazane, iż dniu 20.01.2011 r. Zamawiający, pismem W/129/JRP/131/EL/2011, wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą w zakresie uzupełnionego załącznika nr 5. Wskazał, że z przedstawionego zakresu robót nie wynika, że na modernizowanej (przebudowywanej) oczyszczalni ścieków wykonawca wykonał zakres robót budowlanych obejmujących odzysk gazu i instalację biogazu. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z ust. 9 pkt 2 ppkt 2 IDW - część I SIWZ, wykonawca winien wykazać roboty budowlane o wartości netto co najmniej 15 000 000 PLN, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej co najmniej 5 000 m³/d, obejmująca przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. W związku z powyższym poprosił o wyjaśnienie i wskazanie zakresu robót obejmujących odzysk gazu i instalację biogazu.

Odwołujący w swojej odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 24.01.2011 r. wskazał na treść zmodyfikowanego oświadczenia, zaznaczając, iż wynika z niego, w sposób jednoznaczny, zakres robót związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Dodatkowo, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający żądając przedstawienia w wykazie robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał, jaka ma być wartość lub jaki ma być rozmiar robót polegających na przeróbce osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Ustęp 9 pkt 2 ppkt 2 IDS - część I SIWZ mówi jedynie o tym, że „Wykonawca ma wykazać roboty budowlane o wartości netto co najmniej 15 000 000 PLN, których przedmiotem była budowa. przebudowa lub rozbudowa ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej co najmniej 5 000 m³/d, obejmujących przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu”. Z zapisu tego wynika, w ocenie Odwołującego, iż przedstawione przez wykonawcę roboty budowlane, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa ścieków komunalnych powinny spełniać łącznie trzy warunki:

1. Ich wartość powinna wynosić co najmniej 15 000 000 PLN;
2. Średnia dobowa przepustowość powinna wynosić co najmniej 5 000 m³/d;
3. Powinny obejmować przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że uznał za oczywiste, iż przedstawione przez niego roboty pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i

budowa kolektora Bobrek" spełniają powyższe warunki, gdyż ich wartość wynosi 17 346 617,21 PLN, średnia dobowa przepustowość wynosi 65 000 m³/d oraz obejmują one przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie wykonania ww. robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i na potwierdzenie ich prawidłowego ukończenia, przedstawił referencje wystawione w dniu 03.03.2010 roku przez Gminę Sosnowiec - Urząd Miejski w Sosnowcu, które potwierdzają wykonanie wszystkich robót wchodzących w skład inwestycji pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek”, również tych, które nie zostały enumeratywnie wymienione w treści samej referencji. W związku z powyższym potwierdzają one również należyte wykonanie robót polegających na przeróbce osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący wskazał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż w dniu 26.01.2011 roku Odwołującemu zostało doręczone przez Zamawiającego zawiadomienie o dokonaniu czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K.T.S. ELPOM. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, iż „Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 2 dotyczącego posiadania doświadczenia, ponieważ nie wykazał, że na modernizowanej (przebudowywanej) oczyszczalni ścieków Radocha II w Sosnowcu, wykonał zakres robót budowlanych związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu”.

Zdaniem Odwołującego powyższa czynność Zamawiającego powoduje naruszenie art. 7 Pzp. Przede wszystkim należy podkreślić, iż ani w swoich pismach, ani w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie sprecyzował sposobu w jaki Pol-Aqua nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Stwierdził tylko ogólnie, iż Odwołujący nie wykazał, że na modernizowanej oczyszczalni ścieków został wykonany zakres robót budowlanych związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Dodatkowo wskazał, że zarówno w odpowiedzi na wezwanie z dnia 04.01.2011 r., jak i w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.01.2011 roku Odwołujący wykazał szereg robót wykonanych w trakcie realizacji inwestycji pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Boberek” które związane były z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Natomiast Zamawiający stwierdził tylko, iż Odwołujący nie wykazał wymaganego zakresu robót i w żaden sposób swojego twierdzenia nie uzasadnił.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie doprecyzował jaka ma być wartość lub jaki ma być zakres robót związanych z przeróbką osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Ustęp 9 pkt 2 ppkt 2 IDS -

część I SIWZ mówi jedynie o tym, że „Wykonawca ma wykazać roboty budowlane o wartości netto co najmniej 15 000 000 PLN, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej co najmniej 5 000 m³/d, obejmujących przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu”. W ocenie Odwołującego z zapisu tego wynika, iż przedstawione przez wykonawcę roboty budowlane, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa ścieków komunalnych powinny spełniać łącznie trzy warunki:

1. Ich wartość powinna wynosić co najmniej 15 000 000 PLN;
2. Średnia dobową przepustowość powinna wynosić co najmniej 5 000 m³/d;
3. Powinny obejmować przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, uznał on za oczywiste, iż przedstawione przez niego roboty pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” spełniają powyższe warunki, gdyż ich wartość wynosi 17 346 617,21 PLN, średnia dobową przepustowość oczyszczalni wynosi 65 000 m³/d oraz w zakres ww. inwestycji wchodzi roboty związane z przeróbką osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia obowiązek precyzyjnego ustalenia zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zakaz dokonywania ich interpretacji rozszerzającej na niekorzyść uczestników postępowania niejednokrotnie podkreślany był w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1243/10), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, iż: „Ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sam zamawiający dokonując oceny spełnienia tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określonej jako zasady „spełnia-nie spełnia ”.

Następnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego nie sprecyzował przyczyny będącej podstawą odrzucenia. Zamawiający stwierdził tylko w zawiadomieniu z dnia 26.01.2011 r., że Wykonawca nie wykazał, że na modernizowanej (przebudowywanej) oczyszczalni ścieków Radocha II w Sosnowcu wykonał zakres robót budowlanych związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. W związku z powyższym Odwołujący może tylko domniemywać, iż zarzut Zamawiającego mógł być związany z brakiem informacji o robotach związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu w załączonej referencji. Jednakże takie działanie Zamawiającego byłoby nieuprawnione.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest oświadczenie wykonawcy a nie dokument referencji. Ten drugi ma potwierdzać tylko ich należyte wykonanie. W związku z tym referencje potwierdzające należyte wykonanie całej inwestycji pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Boberk" potwierdzają należyte wykonanie wszystkich robót wchodzących w ich skład, także również wskazanych w oświadczeniu wykonawcy robót związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. W/w dokumenty należy bowiem odczytywać łącznie.

Zdaniem Odwołującego z całości przedstawionych powyżej argumentów wynika, iż Zamawiający nie miał prawa do wykluczenia oferty Odwołującego się, gdyż ten w swojej ofercie przedstawił wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ dokumenty w takim zakresie, w jakim to zostały one określone w SIWZ i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia. Wezwania Zamawiającego do uzupełnienia i wyjaśnienia zawierały informację o konieczności przedstawienia zakresu robót potwierdzających wykonanie robót związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu, na co Odwołujący odpowiedział przedstawiając uzupełnione oświadczenie stanowiące załącznik nr 5 - wykaz wykonanych robót oraz składając w tym temacie obszernie wyjaśnienia z których w sposób jednoznaczny wynikało potwierdzenie wykonania ww. robót.

W ocenie Odwołującego należy również zwrócić uwagę, iż firma K.T.S. ELPOM S.A. w swojej ofercie (która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą) zawarła takie samo oświadczenie jak Odwołujący się, a mianowicie w załączniku nr 5 - wykazie wykonanych robót, w opisie robót budowlanych, wskazała iż roboty polegały na:

- a) w przypadku pierwszej pozycji: obejmujące przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.
- b) w przypadku drugiej pozycji: przeróbce osadów ściekowych za pomocą zamkniętej komory fermentacyjnej z odzyskiem gazu i instalacją biogazu
- c) w przypadku trzeciej pozycji: instalacji do odwadniania osadów wraz z rozruchem technologicznym.

Jak wskazał Odwołujący wykonawca ten nie został jednak przez Zamawiającego wezwany ani do złożenia wyjaśnień ani do uzupełnienia oferty a oferta jego nie uległa wykluczeniu. W związku z powyższym, Zamawiający w sposób oczywisty naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców. Zgodnie bowiem z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 30 marca 2006 r. (UZP/ZO/0-875/06) „Wymóg traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów."

W ocenie Odwołującego z uwagi na przedstawione wyżej naruszenia prawa decyzja Zamawiającego z dnia 26.01.2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty

Pol-Aqua z postępowania powinna być unieważniona a Zamawiający powinien przeprowadzić ponowną ocenę i badanie ofert i dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu **09.02.2011** r. wykonawca KTS ELPOM S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

W dniu **15.02.2011** r. Zamawiający na etapie posiedzenia przekazał Izbie oraz uczestnikom postępowania odwoławczego odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z brakiem wykazania przez tego ostatniego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania dokonania powtórnego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do argumentu Przystępującego podniesionego w toku rozprawy Izba wskazuje, iż badanie istnienia interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej następuje w oparciu o całość treści odwołania. Należy zatem wskazać, iż w pierwszej kolejności o istnieniu interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej decyduje możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia w kontekście sformułowanych w treści odwołania żądań oraz możliwość poniesienia szkody wskutek działań Zamawiającego. Tym samym żądanie przywrócenia Odwołującego do postępowania, żądanie powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego ostatniego, jak również możliwość poniesienia szkody wskutek nieuzyskania zamówienia decyduje o istnieniu po stronie Odwołującego interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę KTS ELPOM S.A., korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodu przywołanego przez Przystępującego w toku rozprawy, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie odnieść się do podniesionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymanego na etapie rozprawy zarzutu

braku zaskarżenia przez Odwołującego czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym braku żądania unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania. Powyższy zarzut został podniesiony w toku rozprawy również przez Przystępującego.

W odniesieniu do powyższego Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości tezę sformułowaną w treści uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r. o sygn. akt KIO 1430/09, w której zostało wskazane, że: „Znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przede wszystkim na podstawie całokształtu jego treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi”.

Oznacza to, iż o istnieniu zarzutu nie przesądza samo przywołanie przepisu ustawy Pzp lecz o jego istnieniu decyduje całokształt argumentacji zawartej w odwołaniu, tj. okoliczności faktyczne stanowiące jego podstawę oraz uzasadnienie jego podniesienia. W przedmiotowym stanie faktycznym wskazaną przez Odwołującego czynnością jest odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż oferta ta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Należy wskazać, iż hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest ściśle powiązana z czynnością wykluczenia wykonawcy z postępowania i tylko wówczas następuje jej wypełnienie. Oznacza to, iż czynność odrzucenia oferty ma w tym wypadku charakter następczy do wykluczenia. Wskazać również należy, iż przytoczona w treści odwołania argumentacja oraz przytoczone na jej potwierdzenie orzecznictwo zmierza do wykazania przez Odwołującego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Oznacza to, że Odwołujący kwestionuje podstawę i czynność Zamawiającego, która doprowadziła do wyeliminowania Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, który wskazuje, iż wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz żąda unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która to czynność jest konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania, oraz żąda powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej należy uznać, iż przedmiotem zaskarżenia jest również czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania – pomimo braku przywołania w treści odwołania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wszakże na str. 10 uzasadnienia odwołania wskazał, iż: „Z całości przedstawionych powyżej argumentów wynika, iż Zamawiający nie miał prawa do wykluczenia oferty Odwołującego

się, gdyż ten w swojej ofercie przedstawił wszystkie wymagane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokumenty w takim zakresie, w jakim to zostały one określone w SIWZ i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia”.

W tym wypadku, pomimo braku formalnego w postaci wskazania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w treści odwołania, Izba uznała, że odwołanie odnosi się bezpośrednio do czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i wydanie orzeczenia w tym zakresie nie będzie stanowiło naruszenia normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Uznanie przeciwne stanowiłoby zbyt daleko posunięty formalizm postępowania odwoławczego. Formalizm sam w sobie nie jest celem postępowania odwoławczego, lecz pełni on rolę subsydiarną w odniesieniu do zasady koncentracji środków ochrony prawnej oraz służy realizacji zasady powagi rzeczy osądzonej. Te obydwie zasady znajdują swoje odzwierciedlenie w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp i skutkują odrzuceniem odwołania z naruszeniem tychże zasad. Zatem podniesione w treści odwołania zarzuty nie mogą być przedmiotem domniemań składu orzekającego Izby celem ustalenia w przypadku wniesienia kolejnego odwołania przez tego samego odwołującego, czy nie zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 lub 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż brak jest podstaw do uznania, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie jest przedmiotem zarzutu w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Wobec powyższego Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na merytoryczne rozpoznanie.

I. W odniesieniu do podniesionego w treści odwołania zarzutu dotyczącego bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia tego ostatniego z postępowania pomimo wykazania spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Izba uznała, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie 10 Instrukcji Dla Wykonawców (część I SIWZ) w pkt 9 zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” ust.1 ppkt 2 zostało wskazane, że: „Warunki udziału w postępowaniu. O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia”.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający na stronie 10 Instrukcji Dla Wykonawców (część I SIWZ) w pkt 9 ust. 2 ppkt 2 wskazał, że: „Zamawiający uzna warunek określony w pkt 1.2 za spełniony jeżeli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie roboty budowlane o wartości netto co najmniej 15 000 000 PLN, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej co najmniej 5 000 m³/d, obejmujące przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu”. Izba ustaliła, iż zapisy o tożsamej treści znalazły się w ogłoszeniu o zamówieniu.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej ofercie na str. 45 i 46 zamieścił wykaz wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 5) w którym zostało wskazane zadanie pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek”. W kolumnie zatytułowanej „opis robót budowlanych” został opisany zakres przedmiotowy zadania, w tym Odwołujący wskazał, że: „Zmodernizowana oczyszczalnia posiada przepustowość Q_{śrd} – 65000 m³/d, Q_{maxh} – 6229 m³/h oraz obejmuje przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Ponadto wykonawca na str. 47 – 54 przedłożył referencje, które w swojej treści precyzują zakres przedmiotowy zadania. W odniesieniu do obiektu komory fermentacyjnej WKF zostały wskazane roboty modernizacyjne obejmujące m.in. likwidację zasuw, wyposażenie w elementy ze stali węglowej, montaż mieszadła wraz z ekranami dla komory 5120 m³ zapewniające pełne mieszanie w jej zawartości, roboty elektryczne, roboty dociepleniowe, roboty pokrywcze oraz wykonanie tynków w komorach przelewowych i komorach odprowadzenia osadu. W odniesieniu do obiektu centralnej dyspozytorni roboty dotyczyły montażu układu sterowania oraz modernizacji i uruchomienia oprogramowania systemu sterowania i wizualizacji.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał Odwołującego pismem z dnia 04.01.2011 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m.in. dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Jak wskazał Zamawiający z informacji zawartej w wykazie, jak również z referencji nie wynika, że w ramach modernizacji były wykonywane roboty budowlane związane z przeróbką osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 14.01.2011 r. uzupełnił załącznik nr 5 (wykaz wykonanych robót budowlanych) i rozszerzył opis robót budowlanych w odniesieniu do zawartego pierwotnie w ofercie załącznika nr 5 wskazując roboty budowlane obejmujące przebudowę urządzeń do przeróbki osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Ponadto zostało sprecyzowane, iż roboty te prowadzone były m.in. na obiektach WKFz - I nr

3 i nr 4 (wydzielone komory fermentacyjne zamknięte, w których zachodzi proces fermentacji mezofilowej osadów ściekowych z ujęciem biogazu); komora zasuw nr 2 (obiekt łączący cztery komory fermentacyjne); maszynownia nr 2 (obiekt służy do obsługi czterech komór fermentacyjnych w zakresie mieszania ich zawartości i podgrzewania osadu. Dodatkowo w maszynowni znajdują się urządzenia do zagęszczania osadu) oraz kotłownia i siłownia agregatów prądotwórczych (w obiekcie zlokalizowane są urządzenia zasilane biogazem do których biogaz doprowadzono ze zbiornika biogazu). Wraz z powyższym pismem Odwołujący przekazał referencje o treści tożsamej jak załączone do oferty oraz świadectwo wykonania, w który wskazano m.in., iż zadanie nr 6 obejmowało uruchomienie niewykorzystanych obecnie komór fermentacyjnych.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 20.01.2011 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wskazując, iż z uzupełnionego załącznika nr 5 (wykaz wykonanych robót budowlanych) nie wynika, że na modernizowanej (przebudowywanej) oczyszczalni ścieków wykonawca wykonał zakres robót budowlanych obejmujących odzysk gazu i instalację biogazu. W dalszej części Zamawiający wskazał, iż prosi o wyjaśnienie i wskazanie wykonania zakresu robót obejmujących odzysk gazu i instalację biogazu.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe pismo wyjaśnił w piśmie z dnia 24.01.2011 r., że informacje o wykonaniu żądanego przez Zamawiającego zakresu robót wynikają w sposób jednoznaczny z pisma z dnia 14.01.2011 r. oraz uzupełnionego wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 5). Podniósł ponadto, iż Zamawiający żądając przedstawienia w wykazie robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie wskazał, jaka ma być wartość lub jaki ma być rozmiar robót polegających na przeróbce osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Zamawiający pismem z dnia 26.01.2011 r. poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę KTS ELPOM S.A. Ponadto w powyższym piśmie Zamawiający wskazał, iż wykonawca POL-AQUA S.A. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zaś oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącego posiadania doświadczenia, ponieważ nie wykazał, że na modernizowanej (przebudowywanej) oczyszczalni ścieków Radocha II w Sosnowcu, wykonał zakres robót budowlanych związanych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Izba wskazuje na wstępie, iż zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania ma interpretacja postawionego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym istniejący pomiędzy Stronami spór dotyczy interpretacji zawartego w treści SIWZ warunku dotyczącego doświadczenia oraz kwestii, czy Odwołujący wykazał na podstawie przekazanych Zamawiającemu dokumentów jego spełnienie.

Należy wskazać, iż treść zapisu zawartego na stronie 10 Instrukcji Dla Wykonawców (część I SIWZ) w pkt 9 ust. 2 ppkt 2 nie jest jednoznaczna w kontekście jego interpretacji dokonanej przez Zamawiającego. W tym zakresie Izba podziela argument Odwołującego, który wskazał, iż brak jest doprecyzowania zarówno zakresu, jak również wartości robót budowlanych dotyczących robót budowlanych obejmujących przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Wszakże z samego warunku wynika, w ocenie Izby, iż zasadniczym przedmiotem wskazanych robót budowlanych (w postaci budowy, przebudowy lub rozbudowy) miała być oczyszczalnia ścieków komunalnych o określonych parametrach – nie zaś blok tejże oczyszczalni służący przeróbce osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Zapis pkt 9 ust. 2 ppkt 2 Instrukcji Dla Wykonawców (część I SIWZ) nie precyzuje jakie elementy tejże instalacji oraz bloku przeróbki osadów i o jakiej wartości miały być przedmiotem robót.

Zamawiający wskazuje, iż powyższy warunek zostanie spełniony w przypadku, gdy wykonawca wykaże, że wykonał roboty budowlane o określonej wartości, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniej dobowej co najmniej 5 000 m³/d, obejmujące, a więc w ocenie Zamawiającego dotyczące (związane) bezpośrednio z blokiem oczyszczalni zapewniającym przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Jak wynika z powyższego aby oddać w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości cel i intencje warunku opisanego w pkt 9 ust. 2 ppkt 2 Instrukcji Dla Wykonawców (część I SIWZ) konieczna jest wykładnia powyższego zapisu zmierzająca do sprecyzowania tego zapisu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 14.02.2011 r. Zamawiający wskazał m.in. na str. 4, iż: „W rezultacie Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w/w załącznika o właściwy zapis, z którego jednoznacznie będzie wynikało wykonanie robót w wymaganym zakresie”. Ponadto w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż „Z tak sporządzonego wykazu wykonanych robót, jak również z przedłożonych referencji, nijak nie wynikało zatem, że wykonawca wykonywał roboty budowlane związane z przeróbką osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu”.

W ocenie Izby interpretacja warunku dokonana przez Zamawiającego na skutek użycia zwrotu „związane” nie powoduje zawężenia tego warunku, lecz jego rozszerzenie. Wszakże zwrot „roboty budowlane związane” należy uznać za szerszy pojęciowo w kontekście spełnienia warunku niż zawarty w SIWZ zapis „roboty budowlane (...) obejmujące”. Zwrot „obejmujące” użyty w Instrukcji Dla Wykonawców (część I SIWZ) w pkt 9 ust. 2 ppkt 2 wskazuje, iż odnosi się on do zwrotu „roboty budowlane” i jednocześnie dookreśla zakres przedmiotowy tychże robót wskazując, że winny się one odnosić do procesu przeróbki osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu. Brak jest jednak definicji pojęcia „obejmujące” użytej w tym zapisie, tj. nie określono w jakim zakresie, wartości oraz w jaki sposób roboty budowlane, których przedmiotem jest budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych mają odnosić się do samego bloku przeróbki osadów ściekowych i instalacji biogazu. Sam Zamawiający w piśmie z dnia 04.01.2011 r. (wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) oraz w odpowiedzi na odwołanie posługuje się w tym miejscu zamiennym pojęciem „związane”. Użycie tego pojęcia przez Zamawiającego wskazuje, w ocenie Izby, iż roboty budowlane dotyczące oczyszczalni ścieków komunalnych winny być przedmiotowo związane z blokiem przeróbki osadów ściekowych i instalacją odzysku biogazu. Oznacza to, iż w kontekście postawionego warunku oraz wskazanej przez Odwołującego inwestycji obejmującej przebudowę oraz remont istniejących obiektów, wszelkie roboty budowlane powiązane z blokiem przeróbki osadów ściekowych i instalacji biogazu należy uznać za spełniające powyższy warunek.

Odwołujący wskazał na etapie rozprawy, iż z zawartego w SIWZ warunku nie wynika obowiązek wykonania przedmiotowych robót od podstaw i w jego ocenie warunek ten został spełniony również wówczas, gdy wykonawca realizował roboty dotyczące elementów wskazanych w warunku, tj. instalacji biogazu. Zdaniem Odwołującego rozumienie powyższego warunku prowadzi do wniosku, iż uznany on zostanie za spełniony w przypadku, gdy wykonawca w złożonym przez siebie oświadczeniu (wykazie wykonanych robót budowlanych) dosłownie przytoczy treść warunku.

Izba wskazuje, iż czym innym jest posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, a czym innym jest wykazanie tego faktu. Wszakże przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania uregulowana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp swoją hipotezą dotyczy faktu nie wykazania spełnienia warunków. Biorąc pod uwagę zasadę pisemności postępowania wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, jak również biorąc pod uwagę, iż na potwierdzenie spełnienia określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30

grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) wykazu robót budowlanych, który stanowi oświadczenie wykonawcy.

Tym samym to z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą (wykaz wykonanych robót budowlanych), jak również z uzupełnionych na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub ze złożonych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp winno wynikać, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Takiego potwierdzenia, co sugeruje zawarta w odpowiedzi na odwołanie argumentacja, nie należy wywodzić z treści referencji. Izba wskazuje, iż z treści referencji nie można wywodzić w sposób nie budzący wątpliwości zakresu robót oraz ich wartości. Referencje bowiem mają charakter abstrakcyjny, nie są przygotowywane na potrzeby konkretnego postępowania i ich celem jest jedynie ustalenie, iż konkretne zobowiązanie (usługi, dostawy lub roboty budowlane) zostały wykonane należycie. W tym zakresie Izba podziela przywołaną w odwołaniu linię orzeczniczą i podziela zawartą we wskazanych tam orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację w powyższym zakresie.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, zgodnie z treścią warunku i zgodnie z wezwaniem z dnia 04.01.2011 r., iż wykonane przez niego roboty budowlane w ramach zadania pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” były związane - a więc obejmowały również te elementy oczyszczalni ścieków komunalnych, które odpowiadają za przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

W przypadku niniejszego sporu istotne znaczenia ma fakt, iż jedynym dopuszczalnym przepisami prawa dokumentem przedkładanym przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest oświadczenie w postaci wykazu wykonanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie, że: „W rezultacie Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia w/w załącznika o właściwy zapis, z którego jednoznacznie będzie wynikało wykonanie robót w wymaganym zakresie. Jak słusznie wskazał Odwołujący zapis ten nie został uznany przez Odwołującego pomimo faktu, iż odpowiadał literalnie treści postawionego warunku. Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający wskazał w toku rozprawy, iż nie posiada z innego źródła informacji, które wskazywałyby, iż wykonane przez Odwołującego roboty budowlane nie obejmowały i nie były związane z elementami oczyszczalni ścieków komunalnych, które odpowiadają za przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.

Przedstawiony przez Przystępującego dowód z dokumentu w postaci pisma Rejonowego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Sosnowcu S.A. wskazuje, iż w latach 2006-2008 wykonawcą robót budowlanych w ramach oczyszczalni ścieków Radocha II było konsorcjum, w którego skład wchodziła Odwołująca się spółka, zaś przedmiotem robót budowlanych były również roboty obejmujące montaż mieszadła, dostosowanie płyty stropowej do montażu mieszadła, przegląd i remont przejść szczelnych dławicowych oraz montaż króćców dwukołnierzowych dla komór fermentacyjnych WKFz -I^o oraz WKFo-II^o, jak również prace związane z centralną dyspozytornią – instalacją AKPiA. Powyższe roboty zostały również wskazane w piśmie z dnia 14.01.2011 r. (montaż mieszadła rewersyjnego w komorze WKFz-I^o i dostosowanie płyty stropowej do montażu mieszadła, likwidacja zasuw, montaż króćców dwukołnierzowych w komorze WKFz-I^o oraz wykonanie nowej stacji operatorskiej, zebranie sygnałów pracy poszczególnych urządzeń i elementów instalacji osadowej i biogazowej i odwzorowanie na stacji operatorskiej m.in.: temperatury, poziomu pracy pomp i zasuw, ciśnienia biogazu, sygnalizacji pracy pochodni biogazu, sygnalizacji pracy mieszadła, pomiarów przepływów w rurociągach).

Oznacza to, iż wykonane przez Odwołującego roboty budowlane były związane i obejmowały blok przeróbki osadów ściekowych i instalacji biogazu. Wszakże wydzielone zamknięte komory fermentacyjne (WKFz) są pierwszym etapem takiej instalacji, zaś urządzenia AKPiA (aparatury kontrolno – pomiarowej i automatyki) służą sterowaniu przebiegiem wszystkich procesów oczyszczalni ścieków, w tym jak wynika z powyższego zapisu również instalacji biogazu. Odwołujący w toku rozprawy wskazał, iż dzięki tym pracom możliwe było uruchomienie komory WKFz - I^o, gdyż dotychczas była ona nieczynna. Może to zatem wskazywać, iż jej uruchomienie było spowodowane skierowaniem do oczyszczalni większej ilości ścieków i tym samym koniecznością przeróbki większej ilości osadów ściekowych. W ocenie Izby przeczy to twierdzeniu Przystępującego, że montaż mieszadła w komorze WKFz nie jest częścią instalacji do odzysku gazu.

Izba nie uznała, iż przedstawiony przez Przystępującego dowód w postaci ogłoszenia o przetargu na opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej na przebudowę oczyszczalni ścieków Radocha II podważa wykazany przez Odwołującego zakres robót. Przystępujący nie wykazał, iż wskazane przez Odwołującego roboty związane z przeróbką osadów ściekowych i instalacją biogazu nie zostały wykonane w latach 2006 - 2008 i były przedmiotem postępowania obejmującego wykonanie dokumentacji projektowej.

Biorąc pod uwagę ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny Izba podzieliła podniesiony przez Odwołującego w toku rozprawy argument, iż dla oceny faktu spełnienia warunku istotne znaczenie ma treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia (wykaz oraz złożone wyjaśnienia).

Wskazać także należy, iż postawiony przez Zamawiającego warunek nie jest jednoznaczny w kontekście ujawnionych przez Zamawiającego po dniu składania ofert oczekiwań i intencji. W takim wypadku, co potwierdza bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości należy odczytywać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbań zamawiającego związanych z przygotowaniem dokumentacji postępowania, a w szczególności z tak istotnym elementem jakim jest formułowanie i precyzowanie warunków podmiotowych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do uznania, iż Odwołujący nie wykazał dołączonymi do oferty dokumentami spełniania warunku udziału w postępowaniu i tym samym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji do odrzucenia jego oferty.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie. Izba wskazuje, iż jak wynika z oferty złożonej przez wykonawcę KTS ELPOM S.A. wykonawca ten w wykazie wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 5) znajdującym się na str. 75 i 76 oferty zawarł w kolumnie „Opis robót budowlanych”, iż roboty polegały na:

- w przypadku pierwszej pozycji: obejmujące przeróbkę osadów ściekowych za pomocą zamkniętych komór fermentacyjnych z odzyskiem gazu i instalacją biogazu.
- w przypadku drugiej pozycji: przeróbce osadów ściekowych za pomocą zamkniętej komory fermentacyjnej z odzyskiem gazu i instalacją biogazu
- w przypadku trzeciej pozycji: instalacji do odwadniania osadów wraz z rozruchem technologicznym.

Wykonawca ten nie został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, zaś jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Tym samym należy uznać, pomimo tożsamości oświadczeń złożonych przez wykonawców w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Zamawiający zróżnicował ich sytuację prawną czym naruszył normę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez tego ostatniego oferty było czynnością pozbawioną podstaw prawnych ze względu na wykazanie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....