

Sygn. akt: KIO 1070/13

**WYROK**

**z dnia 20 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawcę **Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, 47-224 Kędzierzyn-Koźle, ul. J. Bema 21** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Białostockie Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, 15-404 Białystok, ul. Młynowa 52/1,**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy Kemipol Sp. z o.o. z siedzibą w Policach, a tym samym odrzucenie jego oferty.**

**2. kosztami postępowania obciąża Wodociągi Białostockie Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, 15-404 Białystok, ul. Młynowa 52/1 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, 47-224 Kędzierzyn - Koźle, ul. J. Bema 21 tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Wodociągów Białostockich Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, 15-404 Białystok, ul. Młynowa 52/1 na rzecz wykonawcy Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, 47-224 Kędzierzyn-Koźle, ul. J. Bema 21 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

Wodociągi Białostockie Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę preparatu płynnego stanowiącego dodatkowo źródło łatwo przyswajalnego węgla organicznego dla organizmów denitryfikacyjnych do Oczyszczalni Ścieków w Białymstoku ul. Produkcyjna 102”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lutego 2013 r., nr 2013/S 024-037585.

W dniu 26 kwietnia 2013 r. (pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r.) zamawiający poinformował wykonawcę Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Kemipol Sp. z o.o. z siedzibą w Policach, zwanego dalej wykonawcą „Kemipol”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 6 maja 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 maja 2013 r.) wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Kemipol, zarzucając zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kemipol pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż przedłożone przez niego dokumenty potwierdzające spełnianie tego warunku dotyczą dostaw zrealizowanych na rzecz podmiotów innych niż użytkownicy końcowi,
2. względnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy Kemipol do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, czy odbiorcy dostaw potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. Ekochem Deutschland GmbH z siedzibą w Leverkusen, Niemcy, zwanego dalej „Ekochem”, oraz Nutricon Umweltschutztechnik GmbH z siedzibą w Karlsruhe, Niemcy, zwanego dalej „Nutricon”, są użytkownikami końcowymi.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Kemipol jako oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Kemipol z uwagi na niewykazanie przez niego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia,
4. ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia wniosku powołanego w pkt 3 nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Kemipol do złożenia ostatecznego wyjaśnienia, czy Ekochem i Nutricon są końcowymi użytkownikami preparatu płynnego stanowiącego dodatkowe źródło łatwo przyswajalnego węgla organicznego dla organizmów denitryfikacyjnych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w dniu 4 marca 2013 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację, że "Wykaz wykonanych dostaw oraz potwierdzenie ich należytego wykonania ma pochodzić od końcowych użytkowników produktu." Tym samym zamawiający zmodyfikował SIWZ, jednoznacznie wskazując, że wymaga on od wykonawców wykazania się doświadczeniem i wiedzą związanymi z realizacją dostaw na rzecz końcowych użytkowników produktu. Wykonawca Kemipol na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawił oświadczenie złożone w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o oddaniu mu do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia niemieckiej firmy Ingenieurburo Lischka GmbH, zwanej dalej „Lischka”, wraz z wykazem dostaw zrealizowanych na rzecz Ekochem i Nutricon oraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały zrealizowane należycie (referencje). Tymczasem podmioty będące odbiorcami dostaw tj. Ekochem i Nutricon nie są końcowymi użytkownikami produktu. Są to firmy wyspecjalizowane m.in. w świadczeniu dostaw produktów lub serwisu dla użytkowników końcowych, nie zaś w eksploatacji lub zarządzaniu eksploatacją instalacji oczyszczania ścieków. Na dowód czego odwołujący załączył do odwołania informacje pochodzące z oficjalnych stron internetowych ww. firm. wraz z tłumaczeniem na język polski, podnosząc iż działalność Ekochemu polega w głównej mierze na badaniu i rozwoju nowych technologii z zakresu chemii wodnej oraz handlu i sprzedaży chemikaliów i urządzeń do przygotowania wody pitnej i oczyszczania, w tym ich przechowywaniu, mieszaniu według potrzeb klienta i dostarczaniu przez profesjonalne firmy przewoźne do użytkownika końcowego. Z kolei działalność Nutricon koncentruje się na oferowaniu produktów wspierających pobieranie substancji odżywczych wspomagających usuwanie fosforu i azotu ze ścieków oraz do wspomaganie kofermentacji. Firma zapewnia nie tylko dostawy produktów, ale również serwis, doradztwo oraz dokumentację analityczną. A ponadto - jak wynika ze skróconego odpisu z niemieckiego rejestru przedsiębiorców - głównym przedmiotem działalności Ekochem jest m.in. badanie i rozwój nowych technologii w dziedzinie wody, oraz handel i dystrybucja środkami chemicznymi, sprzętem do uzdatniania wody pitnej i oczyszczania ścieków. Natomiast głównym przedmiotem działalności Nutricon jest m.in. badanie, rozwój, produkcja, marketing

i sprzedaż chemikaliów; instalacja i maszyny oraz procesy i usługi z zakresu ochrony środowiska. Reasumując wskazał, iż działalność Ekochem i Nutricon polega na dostarczaniu urządzeń, rozwiązań technologicznych oraz produktów wraz z serwisem w celu uzyskania określonego efektu technologicznego. Oznacza to, że wskazane podmioty nie prowadzą działalności jako końcowi użytkownicy produktów chemicznych, lecz oferują swoje świadczenia na rzecz takich użytkowników. Użytkownikami końcowymi są zatem odbiorcy produktów i usług będący zarządcami lub podmiotami eksploatującymi instalacje służące do oczyszczania ścieków. Użytkownikiem końcowym są podmioty eksploatujące instalacje oczyszczania ścieków komunalnych lub przemysłowych, prowadzące proces biologicznej denitryfikacji i kupujące do wspomagania tego procesu produkt będący łatwo przyswajalnym źródłem węgla organicznego.

Nadto podniósł, iż na obecnym etapie postępowania nie jest już możliwe wezwanie Kemipol do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem już pismem z dnia 15 kwietnia 2013 r. wezwał wykonawcę Kemipol, do uzupełnienia takich dokumentów, na wypadek gdyby Ekochem i Nutricon nie byli końcowymi użytkownikami produktu. Nie jest dopuszczalne zatem dalsze wzywanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie objętym pierwotnym wezwaniem. Zamawiający zażądał bowiem wyjaśnień, czy wykazane przez wykonawcę Kemipol dostawy mające potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia zostały zrealizowane na rzecz końcowego użytkownika produktu, ponieważ w jego ocenie „nie było to jednoznaczne”. W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy Kemipol nie wyraził jakiegokolwiek merytorycznego stanowiska odnośnie do tego, czy Ekochem i Nutricon są końcowymi użytkownikami produktu. Wykonawca Kemipol, w odpowiedzi na żądanie zamawiającego, w żadnym zdaniu swojego pisma nie wyjaśnił czy referencje wystawione przez Ekochem i Nutricon pochodzą od użytkowników końcowych. Oznacza to, że wykonawca Kemipol w istocie żądanych przez zamawiającego wyjaśnień nie złożył.

W dniu 8 maja 2013 r. (pismem z dnia 7 maja 2013 r.) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 14 maja 2013 r. (pismem z dnia 13 maja 2013 r.) wykonawca Kemipol przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy Kemipol do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, gdyż – zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, tymczasem wykonawca Kemipol zgłosił przystąpienie po upływie terminu przewidzianego ustawą, tj. w dniu 14 maja 2013 r. Wezwanie do przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawca ten otrzymał bowiem w dniu 7 maja 2013 r., a tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 10 maja 2013 r.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 8 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...)”, ppkt 2 podał, iż „wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: (...)

2. Posiadania wiedzy i doświadczenia.

W szczególności wykonawca musi spełniać następujące warunki (...):

Wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie dwa zamówienia związane z dostawą preparatu płynnego, stanowiącego dodatkowe źródło łątwo przyswajalnego węgla organicznego dla organizmów denitryfikacyjnych, o wartości netto każdej dostawy co najmniej 400 000 PLN.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych dostaw sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik

nr 3 do niniejszej SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie (...)

Zamawiający, odpowiadając na pytanie wykonawcy, pismem z dnia 4 marca 2013 r. podał „wykaz wykonanych dostaw oraz potwierdzenie ich należytego wykonania ma pochodzić od końcowych użytkowników produktu”.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2013 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Kemipol o złożenie wyjaśnień odnośnie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podnosząc iż „z przedłożonych w Państwa ofercie 2 dostaw mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wynika jednoznacznie, iż potwierdzenie należytego ich wykonania pochodzi od końcowego użytkownika produktu”. Nadto dodał, iż „na wypadek gdyby zobowiązanie firmy Ingenieurburo Lischka GmbH do udostępnienia wiedzy i doświadczenia było nieaktualne lub potwierdzenie należytego wykonania dostaw nie pochodziło od końcowego użytkownika produktu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwracamy się o złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zawartych w pkt 8, ppkt 2 SIWZ (posiadania wiedzy i doświadczenia).

Wykonawca Kemipol, pismem z dnia 18 kwietnia 2013 r., złożył wyjaśnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców jednoznacznie wskazał, iż wykaz wykonanych dostaw oraz potwierdzenie ich należytego wykonania ma pochodzić od końcowych użytkowników produktu. Tym samym dokonał modyfikacji treści SIWZ. Tak więc wykonawca składający ofertę zobowiązany był kierować się także treścią tej odpowiedzi (odpowiedź z dnia 4 marca 2013 r.). Okoliczność tak wynika bowiem niezbiecie z pisma zamawiającego skierowanego do wykonawcy Kemipol, w którym jednoznacznie wskazał, iż „z przedłożonych w Państwa ofercie 2 dostaw mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wynika jednoznacznie, iż potwierdzenie należytego ich wykonania pochodzi od końcowego użytkownika produktu”. Tak więc sam zamawiający, wbrew jego obecnym twierdzeniom, nadał udzielonym wyjaśnieniom właśnie taki charakter (modyfikacji SIWZ), kładąc nacisk na to, aby potwierdzenie należytego wykonania dostawy pochodziło od użytkownika końcowego produktu. Termin ten (końcowego użytkownika produktu) rozumiał więc tak samo jak odwołujący i wykonawca Kemipol. To w tym właśnie zakresie (końcowego użytkownika produktu) zamawiający wezwał bowiem wykonawcę Kemipol do złożenia wyjaśnień. Do użytkownika końcowego produktu odniósł się także w swych wyjaśnieniach wykonawca Kemipol, podając odbiorców tych produktów „(...) Różne rodzaje zewnętrznego źródła węgla dozujemy na kilku polskich oczyszczalniach (w chwili obecnej: Bydgoszcz, Błonie, Wrocław, Zgierz) – w mniejszym wymiarze niż oczekiwana współpraca z Państwem”,

jednakże nie odnosząc się wcale do kwestii tej w zakresie wykazanych przez niego dostaw w załączonym do oferty wykazie (dostaw na rzecz firm Ekochem i Nutricom). Nadto odwołujący wykazał, iż wskazane przez wykonawcę Kemipol firmy Ekochem i Nutricom nie są końcowymi użytkownikami produktu, a jedynie - jak wynika to z rejestrów handlowych wystawców referencji (firmy Ekochem i Nutricom) przedłożonych przez odwołującego – są to firmy wyspecjalizowane w świadczeniu dostaw produktów będących przedmiotem zamówienia, gdyż przedmiotem ich działalności jest m.in. produkcja i sprzedaż hurtowa wyrobów chemicznych. Także zamawiający przyznał, iż „firma Kemipol potwierdziła, że ma styczność z użytkownikami końcowymi”. Zdaniem Izby wykonawca Kemipol nie wykazał więc, że firmy Ekochem i Nutricom są właśnie takimi użytkownikami (końcowymi użytkownikami produktu).

W niniejszym stanie faktycznym nie zachodzi obowiązek wezwania wykonawcy Kemipol, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń lubi dokumentów oraz złożenia wyjaśnień dotyczących tych oświadczeń lub dokumentów, gdyż z treści skierowanego do tego wykonawcy wezwania jednoznacznie wynika, że w kwestionowanym zakresie wykonawca ten był już wzywany do złożenia wyjaśnień, jak i złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zawartych w pkt 8 ppkt 2 SIWZ (posiadania wiedzy i doświadczenia).

Tym samym Izba uznała, iż zarzuty odwołującego potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....