

Sygn. akt: KIO 950/15

WYROK
z dnia 21 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2015 r. przez wykonawcę **IDS-BUD S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w Jarocinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w Jarocinie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.1. SIWZ z tego powodu, że oświadczenia lub dokumenty złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzały spełnienia tego warunku co do wartości roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w Jarocinie**
 - i:
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IDS-BUD S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**

- 3.2. zasądza od wykonawcy **Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w Jarocinie** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa Stacji Pomp Kanałowych „Marymont” przy ul. Kludyny 18b w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2015 r., nr 2015/S 049-084545.

W dniu 28 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę IDS-BUD S.A. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Hydro-Marko sp. z o. o. sp. k. w Jarocinie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania,
- 2) z ostrożności, wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wniósł w dniu 8 maja 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i innych przepisów wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia z postępowania przystępującego i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z ostrożności procesowej odwołujący ewentualnie wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z tym warunkiem, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się tacy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania działalności jest krótszy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej 1 robotę polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków, o wydajności co najmniej 9 000 m³/h o wartości roboty budowlanej powyżej 9 mln zł netto. Odwołujący wywiódł, że na okoliczność spełnienia powyższego warunku przystępujący przedstawił list referencyjny z dnia 16 marca 2015 r. wystawiony na rzecz podmiotu na którego zasoby przystępujący się powołał. Treść listu referencyjnego wystawionego na rzecz podmiotu: firma P.T.H.U. HYDRO-MARKO M. P. z siedzibą w Jarocinie wskazuje, że wspomniany podmiot wykonał inwestycję pn. „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru zlewni Kanału Siedlickiego - Etap I” w tym zaprojektowanie i budowa Pompowni Siedlice z budową kanału odprowadzającego wodę z Pompowni do rzeki Warty. Z przedstawionego dokumentu wynika, że budowa pompowni Siedlice nie jest budową przepompowni ścieków, której zamawiający wymagał na spełnienie warunku. W ocenie odwołującego przedstawiona przez wykonawcę pompownia - nie będąca przepompownią ścieków - była pompownią melioracyjną, odwodniającą teren w przypadku wysokich poziomów wód gruntowych lub przecieków pod wałami przy wysokim stanie Warty. Celem Inwestycji tj. „Ochrony przeciwpowodziowej obszaru zlewni Kanału Siedlickiego - Etap I” było zabezpieczenie przeciwpowodziowe ok. 415 ha Zakanala. Realizacja przedsięwzięcia była konieczna ze względu na niewystarczającą skuteczność istniejącego systemu melioracyjnego, który nie zapewniał sprawnego odprowadzania wód gruntowych - przy wysokich stanach wody w Warcie i długotrwałych opadach atmosferycznych, powodujących podtapianie znacznych terenów Zakanala. Ponadto w oświadczeniu na stronie 34 oferty przystępującego znajduje się odniesienie do wspomnianego listu referencyjnego i wskazanie, że P.T.H.U. HYDRO- MARKO M. P. wykonała robotę budowlaną polegającą na budowie przepompowni ścieków, gdzie w żaden sposób nie wynika to z dokumentu przedstawionego do oferty, a wręcz przeciwnie dokument ten odnosi się do pompowni melioracyjnej. Co więcej, wykonawca przy wykazaniu warunku celem potwierdzenia spełnienia kryterium odnoszącego się do dysponowania potencjałem, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Ekspert nr 2 - Kierownik budowy wskazał Pana K. K. i w formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do IDW podał, że Pan K. K.

pełnił funkcję Kierownika Budowy na Inwestycji „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru zlewni Kanału Siedlickiego - Etap I” podając jej zakres jako „budowa pompowni melioracyjnej o wydajności 12.600 m³/h”. Tym samym, w ocenie odwołującego, z uwagi na podniesione powyżej okoliczności wykonawca mając świadomość, że wykonał pompownie melioracyjną celowo i błędnie wskazywał w innych dokumentach oferty, że wykonał przepompownie ścieków.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający wymagał, aby wartość roboty budowlanej w zakresie budowy, przebudowy lub modernizacji przepompowni ścieków była powyżej 9 mln zł netto. Ponadto w dniu 24 marca 2015 r. w trybie wyjaśnień SIWZ zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią warunku wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem w budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków o wskazanej wydajności i wartości. Robota ta mogła zostać wykonana w ramach robót dotyczących innych obiektów zawierających przepompownię ścieków, w tym w ramach oczyszczalni ścieków byleby budowa lub przebudowa modernizacja przepompowni ścieków, spełniała wskazany warunek dotyczący jej (przepompowni) wartości i wydajności. W związku z powyższym wykonawcy powinni wykazać, że budowa, przebudowa, modernizacja przepompowni ścieków była powyżej 9 mln zł netto. Z przedstawionej do oferty przystępującej dokumentacji w postaci listu referencyjnego wynika, że w zakresie Inwestycji pn. „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni Kanału Siedlickiego - Etap 1” wchodziło: 1) zaprojektowanie i budowa Pompowni Siedlice z budową kanału odprowadzającego wodę z Pompowni do rzeki Warty, 2) zaprojektowane i budowę Kanałów Pompowni 3) zaprojektowanie i przebudowa Kanału Siedlickiego w km 4 + 500 + 7 + 740 (do granic miasta) 4) zaprojektowanie i przebudowa Rowu S-2 w km 0-000- 2 + 360 (do granic miasta) za łączną wartość 9 768 248, 25 zł netto. Tym samym w ramach tej inwestycji wykonano również znaczące inne roboty, oprócz pompowni, które w sumie dały kwotę całej inwestycji o wartości 9 768 248,45 zł netto.

Odwołujący powołał się na charakterystyczne, przybliżone parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych:

Pompownia Siedlice - cz. podziemna - pow. 86,1 m², cz. nadziemna - pow. 52,5 m², wylot - pow. 60,9 m², teren pompowni ogrodzony - 1550m² (przerzut wody z Kanału do rz. Warty, 4 pompy zatapialne, wydajność Q=3,5 m³ na s, moc zainstalowana N=350kW, część podziemna żelbetowa 10,6x8,2m, budynek gospodarczy nadziemny 5,0x10,5m, wylot żelbetowy za wałem 7,8x7,8 m),

Kanał odprowadzający wody z pompowni Siedlice - Powierzchnia zabudowy – 2560 m² (4 rurociągi tłoczne fi 800mm L=4x25m, odprowadzenie wody z pompowni Siedlice na teren międzywala rz. Warty, długość L= 100m, nachylenie skarp 1:3 -1:5),

Kanał Pompownia - część wschodnia - Powierzchnia zabudowy – 15611 m² (doprowadzenie wody z Kanału Siedlickiego w km 4+500 do Pompowni Siedlice oraz jako zbiornik wyrównawczy, długość L=1020m, szerokość w dnie b=2,0-14,5m, nachylenie skarp 1:1.5),
Kanał Pompownia - część zachodnia - Powierzchnia zabudowy – 4100 m² (kanał opaskowy otwarty i zamknięty wzdłuż wału - doprowadzenie wody przesiąkowej do Pompowni Siedlice, długość kanału otwartego U=675m, zamkniętego fi 500mm L=143m, szerokość w dnie b=0,6m, nachylenie skarp 1:1.5),
Przebudowa Kanału Siedlickiego - Powierzchnia zabudowy – 20200 m² (przechwycenie i doprowadzenie wód przesiąkowych z rz. Warty i zlewni Kanału do Kanału Pompownia I, przebudowa Kanału w km 4+500 - 7+740 L=3240m, szerokość dna b=2,0m, nachylenie skarp 1:1.5, naprawa mostów, przebudowa i budowa przepustów szt. 2)
Przebudowa Rowu S-2 - Powierzchnia zabudowy – 15500 m² (przechwycenie i doprowadzenie wody przesiąkowej z terenów południowych Siedlic do Kanału Siedlickiego, przebudowa Rowu w km 0+000-2+360 L=2360 m, szerokość dna 0,8 m w km 0,000-0,360, szerokość b=0,6m na pozostałym odcinku, nachylenie skarp 1:1,5, przebudowa 13 przepustów).

Odwołujący wywiódł, że zakres pozostałych robót w ramach przywołanej inwestycji jest znaczny i tym samym wartość robót budowlanych polegająca na budowie wyłącznie pompowni nie mogła wynosić powyżej 9 mln zł netto.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w Jarocinie.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 21 maja 2015 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikację SIWZ z 16 marca 2015 r., odpowiedź zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z 24 marca 2015 r., ofertę złożoną przez przystępującego, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z

28 kwietnia 2015 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego o pozwoleniu wodnoprawnym z 15 stycznia 2014 r. znak DSR-II-1.7322.142.2013, ekspertyzę - opinię techniczną mgr inż. T. Ć. z 18 maja 2015 r., fotografie złożone przez przystępującego, pismo odwołującego z 8 maja 2015 r. skierowane do Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych, odpowiedź Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych z 18 maja 2015 r., fragmenty oferty złożonej przez PPHU Hydro-Marco M. P. w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego „ochrona przeciwpowodziowa obszarów zlewni kanału Siedlickiego Etap I”, wydruk ze strony internetowej www.komunikaty.pl z 6 maja 2015 r. dotyczący ogłoszenia o zamówieniu w ww. postępowaniu, tabelę wykazu cen złożoną przez przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w Jarocinie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu za ofertą wybrana. Odwołujący domagał się wykluczenia postępowania wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki muszą wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o zamówienie publiczne. Zgodnie z treścią pkt 5.1.1. SIWZ, zmodyfikowanego w dniu 16 marca 2015 r., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków, o wydajności co najmniej 9 000,00 m³/h o wartości roboty budowlanej powyżej 9 mln zł netto.*

Ustalono także, że w myśl pkt 6.1.2. SIWZ zamawiający określił dokumenty i oświadczenia jakie należy złożyć celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający postanowił, że w celu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 5.1.1 SIWZ Wykonawca przedstawi *wykaz wykonanych robót budowlanych, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do IDW, Część I SIWZ. Wykonawca składa odpowiednie dowody, zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów.*

W pkt 6.1.4 SIWZ zamawiający postanowił, iż *zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.*

Ustalono także, że do zamawiającego wpłynął wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ. We wniosku tym wykonawca m.in. wniósł o zmianę zapisu rozdziału 5 pkt 5.1.1. SIWZ na: *- posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawcy którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków lub oczyszczalni*

ścieków o wydajności co najmniej 9 000,00 m³/h o wartości roboty budowlanej powyżej 9 mln zł netto.

W odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający pismem z 24 marca 2015 roku udzielił następującej odpowiedzi: *Zgodnie z treścią warunku wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem w budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków, o wskazanej wydajności i wartości. Robota ta mogła zostać wykonana w ramach robót dotyczących innych obiektów zawierających przepompownię ścieków, w tym w ramach oczyszczalni ścieków, byleby budowa lub przebudowa lub modernizacja przepompowni ścieków, spełniała wskazany warunek dotyczący jej (przepompowni) wartości i wydajności. Zamawiający pozostawia zatem zapisy SIWZ bez zmian.*

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący. Wykazując warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oparł się na zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego P.T.H.U. Hydro-Marko, M. P., który zobowiązał się do oddania przystępującemu zasobu wiedzy i doświadczenia (por. zobowiązanie, s. 48 oferty przystępującego).

Przystępujący złożył wykaz wykonanych robót budowlanych. W wykazie tym powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego – P.T.H.U. Hydro-Marko, M. P. nabyte w trakcie realizacji przedsięwzięcia „ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni Kanału Siedlickiego – Etap I”, w okresie 10.05.2013 – 09.01.2015 r. na rzecz Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze. Wskazał, że jest to robota budowlana polegająca na budowie przepompowni ścieków o wydajności 12.600,00 m³/h. Podał wartość robót budowlanych w PLN bez podatku VAT w wysokości 9.768.248,45 (por. wykaz robót, s. 34 oferty przystępującego).

Do wykazu robót załączono list referencyjny z 16 marca 2015 r. wystawiony przez Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze. W liście tym inwestor oświadcza, że podmiot trzeci wykonał inwestycję „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni Kanału Siedlickiego – Etap I”, w tym:

- 1) zaprojektowanie i budowę pompowni Siedlice z budową kanału odprowadzającego wodę z Pompowni do rzeki Warty,
- 2) zaprojektowanie i budowę kanałów Pompowni:
 - kanał pompownia – część wschodnia – łączący projektowaną Pompownię Siedlice z Kanałem Siedlickim w km 4+500 jego biegu,
 - kanał Pompownia z rurociągiem – część zachodnia – wzdłuż wału przeciwpowodziowego Warty do Pompowni Siedlice,

- 3) zaprojektowanie i przebudowę Kanału Siedlickiego w km 4+500 – 7+740 9do granic miasta),
- 4) zaprojektowanie i przebudowę Rowu S-2 w km 0+000 – 2+360 (do granic miasta).

Ustalono także, że 28 kwietnia 2015 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Odwołujący i przystępujący złożyli decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego o pozwoleniu wodnoprawnym z 15 stycznia 2014 r. znak: DSR-II-1.7322.142.2013 wydaną w oparciu o wniosek Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Zielonej Górze. Zgodnie z pkt V ww. decyzji, organ administracyjny określił termin obowiązywania pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzanie ścieków – wód opadowych lub roztopowych (pkt I.2 sentencji decyzji) na okres 20 lat, tj. od dnia 15.01.2014 r. do 14.01.2034 r.

Odwołujący złożył pismo Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Zielonej Górze z 18 maja 2015 r., w którym m.in. organ oświadcza, że Pompownia Siedlice jest to pompownia melioracyjna, dla której uzyskano pozwolenie wodnoprawne. Wskazuje, że zgodnie z udzielonym pozwoleniem wodnoprawnym (pkt V) uzyskano pozwolenie na wprowadzanie ścieków – wód opadowych lub roztopowych (pkt I.2 sentencji decyzji) na okres 20 lat, tj. od dnia 15.01.2014 r. do 14.01.2034 r.

Odwołujący złożył strony 2-10 oferty z 2.4.2013 r. złożonej przez podmiot trzeci – P.T.H.U. Hydro-Marko, M. P. w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie wykonanie zadania inwestycyjnego „ochrona przeciwpowodziowa obszarów zlewni kanału Siedlickiego Etap I” prowadzonym przez Lubuski Zarząd Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Zielonej Górze. Do oferty załączono zbiorcze zestawienie kosztów, w którym podano wartość prac budowlano-montażowych w odniesieniu do pompowni Siedlice na poziomie 3.480.565,55 zł netto. Do oferty załączono także wykazy cen odnoszące się odrębnie do następujących obiektów:

- a) pompownia Siedlice,
- b) kanał pompownia od pompowni Siedlice wzdłuż wału p.powodziowego,
- c) przebudowa kanału Siedlickiego,
- d) przebudowa rowu S-2.

Odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej komunikaty.pl z dnia 6 maja 2015 r. zawierający ogłoszenie o zamówieniu „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni Kanału Siedlickiego etap I”. W ogłoszeniu tym podano skrócony opis przedmiotu zamówienia dla ww. inwestycji.

Przystępujący złożył prywatną ekspertyzę - opinię techniczną z 18 maja 2015 r., sporządzoną na zlecenie przystępującego przez mgr inż. T. Ć. . W ekspertyzie tej wskazano m.in., że pompownia melioracyjna Siedlice, oprócz wód powierzchniowych z rzeki Warty, stanowi również pompownię ścieków deszczowych oraz ścieków roztopowych, przepompowując podczas stanów powodziowych ścieki deszczowe i roztopowe z następujących ulic: Międzychodzkiej, Kujawskiej, Zagrodowej, Zachodniej, Kobylogórskiej, Wylotowej, Żytniej, Strażackiej, Skrajnej, Świetlanej, Sierakowskiej, Zielonej i Rumiankowej w Gorzowie Wielkopolskim.

Przystępujący złożył także fotografie poglądowe, z których niektóre - według jego oświadczenia - dotyczyły m.in. pompowni Siedlice.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba uznała na chybiony zarzut odwołującego dotyczący złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji względnie niewykazania warunku przez tego wykonawcę z tego powodu, jakoby w ramach inwestycji „ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni kanału Siedlickiego etap I” nie były wykonywane roboty polegające na budowie przepompowni ścieków.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz robót, w którym w kolumnie 3 złożył jednoznaczne oświadczenie, że w ramach tej inwestycji wykonano roboty budowlane polegające na budowie przepompowni ścieków. Złożył również referencje odnoszące się do tej inwestycji. W referencjach tych co prawda wprost nie wspomniano, aby elementem robót były prace polegające na budowie przepompowni ścieków, mowa była jedynie o budowie pompowni Siedlice. Powyższe nie oznaczało jednak, że na tej podstawie zamawiający miałby uznać, że przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie w kolumnie 3 wykazu robót. Odwołujący stracił z pola widzenia cel, dla którego wykonawcy składają dokumenty referencyjne w postępowaniu. Ich celem nie jest precyzyjne udowodnienie zakresu wykonanego zadania inwestycyjnego. Dokumenty te mają niesformalizowany charakter oraz służą wyłącznie udowodnieniu faktu należytego wykonania robót wymienionych w wykazie. Mają stanowić wyraz akceptacji inwestora dla sposobu wykonania zadania referencyjnego. Dostrzeżenia wymaga, że wykonawcy posługują się referencjami w szeregu postępowań, w których instytucje zamawiające formułują rozmaite warunki udziału. Stąd w orzecznictwie Izby przyjmuje się jednolicie, że listy referencyjne mogą mieć charakter uniwersalny. W tej sytuacji twierdzenie odwołującego, że zamawiający winien uznać, jakoby przystępujący nie wykonał budowy przepompowni ścieków wyłącznie na tej podstawie, iż takie pojęcie nie pojawiło się w referencjach, okazało się chybione. Okoliczność, że w referencjach nie wspomina się wyraźnie o tym, aby medium tłoczonym w pompowni były ścieki nie świadczy

sama przez się o tym, jakie media są przez nią tłoczone i że nie są to ścieki. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przystępujący składając wraz z ofertą wykaz robót i dokumenty referencyjne o omawianej treści wyczerpał obowiązek wykazania warunku w sposób żądany przez zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). Zamawiający oceniając ww. dokumenty ocenił, że potwierdzają one spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji to na odwołującym – w świetle art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp - spoczywał ciężar udowodnienia, że wbrew oświadczeniu przystępującego w ramach inwestycji nie wykonano robót budowlanych polegających na budowie przepompowni ścieków.

Podzielono stanowisko przystępującego przedstawione w piśmie procesowym, że dla ustalenia znaczenia pojęcia „ścieki” należało posiłkować się definicją wynikającą z ustawy Prawo ochrony środowiska, mającą szerokie zastosowanie systemowe. W świetle art. 3 pkt 38 ustawy Prawo ochrony środowiska przez „ścieki” rozumie się *wprowadzane do wód lub do ziemi:*

- a) wody zużyte, w szczególności na cele bytowe lub gospodarcze,*
- b) ciekłe odchody zwierzęce, z wyjątkiem gnojówki i gnojowicy przeznaczonych do rolniczego wykorzystania w sposób i na zasadach określonych w ustawie z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz. U. Nr 147, poz. 1033 oraz z 2011 r. Nr 106, poz. 622 i Nr 171, poz. 1016),*
- c) wody opadowe lub roztopowe, ujęte w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacyjne, pochodzące z powierzchni zanieczyszczonych o trwałej nawierzchni, w szczególności z miast, portów, lotnisk, terenów przemysłowych, handlowych, usługowych i składowych, baz transportowych oraz dróg i parkingów,*
- d) wody odciekowe ze składowisk odpadów oraz obiektów unieszkodliwiania odpadów wydobywczych, w których są składowane odpady wydobywcze niebezpieczne oraz odpady wydobywcze inne niż niebezpieczne i obojętne, miejsc magazynowania odpadów, wykorzystane solanki, wody lecznicze i termalne,*
- e) wody pochodzące z odwodnienia zakładów górniczych, z wyjątkiem wód włączanych do górotworu, jeżeli rodzaje i ilość substancji zawartych w wodzie włączanej do górotworu są tożsame z rodzajami i ilościami substancji zawartych w pobranej wodzie,*
- f) wody wykorzystane, odprowadzane z obiektów chowu lub hodowli ryb łososiowatych,*
- g) wody wykorzystane, odprowadzane z obiektów chowu lub hodowli ryb innych niż łososiowate albo innych organizmów wodnych, o ile produkcja tych ryb lub organizmów, rozumiana jako średnioroczny przyrost masy tych ryb albo tych organizmów w poszczególnych latach cyklu produkcyjnego, przekracza 1500 kg z 1 ha powierzchni użytkowej stawów rybnych tego obiektu w jednym roku danego cyklu.*

Wzięto pod uwagę, że zamawiający w opisie warunku posłużył się słowem „ściek” bez ograniczenia jego zakresu do ścieków bytowych, komunalnych czy przemysłowych. Z tego powodu roboty budowlane polegające na budowie pompowni, w której przetaczanym medium są wskazane przez ustawodawcę niektóre wody opadowe lub roztopowe, również odpowiadały treści warunku.

Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swego twierdzenia, że medium przetaczanym w pompowni Siedlice nie są ścieki nie przeprowadził żadnego przekonującego dowodu. Jak stwierdzono wcześniej, takim przekonującym dowodem nie okazała się treść samego dokumentu referencyjnego wystawionego przez Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze z 16.03.2015 r. Z analogicznych powodów takim przekonującym dowodem nie okazał się również dowód w postaci wydruku ze strony internetowej komunikaty.pl zawierający ogłoszenie o zamówieniu, jakie zamieścił ww. inwestor. Uszło uwadze odwołującego, że ogłoszenie o zamówieniu ma charakter jedynie informacyjny, w którym podaje się jedynie podstawowe dane charakteryzujące zamówienie. W ogłoszeniu o zamówieniu podawany jest jedynie skrócony opis inwestycji. Okoliczność, że w ogłoszeniu nie wspomina się wyraźnie o tym, jakoby medium tłoczonym w pompowni mają być ścieki nie świadczy sama przez się o tym, jakie media mają być przez nią tłoczone i że na pewno nie będą nią tłoczone ścieki.

Odwołujący nie zadbał również o wyraźne oświadczenie inwestora Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze w tym zakresie. Inwestor pomimo, że pismem z dnia 8 maja 2015 r. został zapytany przez odwołującego, czy pompownia Siedlice jest pompownią ścieków, w odpowiedzi z 18 maja 2015 r. nie udzielił stanowczej odpowiedzi, odpowiadając jedynie, że była to pompownia melioracyjna. Co więcej, inwestor odpowiadając na pytanie wskazał jednocześnie, że zgodnie z udzielonym pozwoleniem wodnoprawnym uzyskano pozwolenie na wprowadzanie ścieków – wód opadowych lub roztopowych na okres 20 lat, powołując się na pkt V pozwolenia.

Z kolei jak wynikało z decyzji Marszałka Województwa Wielkopolskiego o pozwoleniu wodnoprawnym z 15 stycznia 2014 r. znak: DSR-II-1.7322.142.2013 wydanej w oparciu o wniosek Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze, organ administracyjny określił m.in. termin obowiązywania pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzanie ścieków – wód opadowych lub roztopowych (pkt I.2 sentencji decyzji) na okres 20 lat, tj. od dnia 15.01.2014 r. do 14.01.2034 r. Ubocznie należało wskazać, że w prywatnej opinii, jaką złożył przystępujący wskazano konkretne ulice w mieście Gorzowie, z jakich wody opadowe lub roztopowe trafiają do pompowni. Powyższe zdawało się potwierdzać tezę, że medium tłoczonym przez pompownię są jednak ścieki w postaci wód opadowych lub roztopowych.

Reasumując Izba stwierdziła, że przeprowadzone dowody nie pozwalały na wykluczenie możliwości, że medium przepompowywanym w pompowni Siedlice są również ścieki w postaci wód opadowych lub roztopowych w rozumieniu Prawa ochrony środowiska. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu odwołującego dotyczącego złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji, względnie niewykazania warunku przez tego wykonawcę z tego powodu, jakoby w ramach zadania inwestycyjnego nie wykonano roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków o wartości powyżej 9 mln zł netto.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisu 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Izba stwierdziła, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd co do stanu faktycznego. Nieprawdziwe informacje w rozumieniu przywołanego przepisu nie polegają na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane zamawiającemu. Przystępujący załączył do oferty dokument referencyjny, w którym podano skrócony opis i wartość całej inwestycji na poziomie 9.768.248,45 zł netto. Następnie przystępujący tę samą wartość przedstawił w wykazie robót, zatem nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd. Podał bowiem zamawiającemu pełne informacje umożliwiające mu ocenę stanu faktycznego. Bez znaczenia pozostawała okoliczność, że wartość roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków, która to wartość była istotna z punktu widzenia warunku, nie wyczerpywała wartości całej inwestycji. Była to bowiem wyłącznie kwestia oceny faktów, które zamawiającemu przedstawiono do oceny.

Zdaniem Izby potwierdzenie znalazł natomiast zarzut dotyczący niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odnośnie wartości roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków. Podzielono stanowisko odwołującego i zamawiającego, że treść warunku udziału w postępowaniu i odpowiedzi na pytanie nr 4 z 24 marca 2015 r. była jednoznaczna i nie pozwalała na jakiegokolwiek wątpliwości interpretacyjne. Zamawiający wyraźnie przesądził, że

wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem w budowie lub przebudowie lub modernizacji pompowni ścieków o wartości co najmniej 9 mln zł netto. Robota ta mogła zostać wykonana w ramach inwestycji dotyczącej innych obiektów, byleby budowa lub przebudowa lub modernizacja przepompowni ścieków spełniała warunek dotyczący jej (przepompowni) wartości i wydajności. Nie ulegało zatem żadnej wątpliwości, że użyty w warunku parametr wartości dotyczył roboty w zakresie budowy, modernizacji lub przebudowy przepompowni ścieków, a nie inwestycji jako całości. Innymi słowy, zamawiającego interesowała robota budowlana polegająca na budowie, przebudowie, bądź modernizacji przepompowni ścieków i to wartość tej roboty musiała wynosić co najmniej 9 mln zł netto.

Zdaniem Izby wartość robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub modernizacji pompowni ścieków, wykonanych w trakcie realizacji inwestycji „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni kanału Siedlickiego etap I”, nie przewyższała wymaganych przez zamawiającego 9 mln zł netto. Jak jednoznacznie wynikało z dowodów, jakie powołał odwołujący wartość robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub modernizacji pompowni ścieków wynosiła zaledwie 3.480.565,55 zł netto. Powyższe wynikało z treści oferty złożonej przez podmiot trzeci PTHU Hydro-Marko, M. P. w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego „ochrona przeciwpowodziowa obszarów zlewni kanału Siedlickiego Etap I”. Według Izby, kierując się interpretacją warunku dokonaną przez zamawiającego 24 marca 2015 r., brak było podstaw do uwzględnienia wartości kanałów wybudowanych lub przebudowanych przez ww. podmiot w trakcie inwestycji. Jak wynikało z listu referencyjnego załączonego przez przystępującego do oferty, pompownia Siedlice została wymieniona jako zaledwie jeden z 4 obiektów budowlanych obejmujących odmienne zakresy prac. Potwierdzeniem powyższego była treść oferty podmiotu trzeciego złożonej w ww. postępowaniu. Dostrzeżenia wymagało, że podmiot ten złożył wykazy cen odnoszące się odrębnie do pompowni Siedlice, do kanału pompownia do pompowni Siedlice, odrębnie do kanału pompownia od pompowni Siedlice wzdłuż wału i odrębnie do przebudowy kanału Siedlickiego, wreszcie odrębnie do przebudowy rowu S2.

O tym, że roboty w zakresie budowy pompowni Siedlice różnią się od pozostałych świadczyło także porównanie elementów robót wyszczególnionych w tych wykazach. W przypadku robót dotyczących kanałów występowały wyłącznie roboty o charakterze liniowym takie jak prace ziemne, rozplantowanie urobku, humusowanie i obsiew skarp, plantowanie dna i skarp itp. Natomiast zupełnie inne roboty dominują w przypadku prac w zakresie budowy pompowni Siedlice (zakup i montaż pomp zatapialnych, budowa zbiornika wyrównawczego, zakup i montaż przewodów tłocznych, konstrukcja hali, konstrukcja żelbetowa pompowni). Wreszcie, jak słusznie zauważył zamawiający, z samej definicji pompowni wynika, że musi być do niej doprowadzone medium: woda, ściek itp. Przyjęcie, że

każdy kanał oddalony nawet o kilka kilometrów od pompowni, a tak było w analizowanej sprawie, jest częścią przepompowni było argumentem chybionym. Biorąc powyższe pod uwagę należało przyjąć, że wartość robót budowlanych polegających na budowie przepompowni Siedlice, która mogła być wzięta pod uwagę przy ocenie spełniania warunku, wynosiła jedynie 3.480.565,55 zł netto, a zatem nie przewyższała 9.000.000 zł netto wymaganych w warunku.

Jednakże zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania warunku w zakresie wartości wymaganej roboty należało uznać za przedwczesny. Jak bowiem wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w razie niezłożenia lub złożenia obarczonych błędami dokumentów na potwierdzenie warunku, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Wezwania do usunięcia omawianego braku zamawiający nie kierował jeszcze do przystępującego. A zatem, w wykonaniu wyroku Izby zamawiający obowiązany będzie wykonać tę czynność, co powinno nastąpić po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp za zasadny uznano również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

- 1) opis działalności firmy Hydro – Marco,
- 2) listów referencyjnych z 21 marca 2014 r., z 12 lipca 2007 r., z 6 marca 2013 r. wystawionych przez różnych inwestorów dla firmy Hydro Marco,
- 3) pisma przystępującego do ambasady RP w Kijowie z 19 maja 2015 r.,
- 4) pismo odwołującego z 27 kwietnia 2015 r. stanowiące uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu

uznając, że dowody te zostały powołane dla zwłoki, zaś przeprowadzenie dowodu z ich treści nie prowadzi do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Jeżeli chodzi o pierwsze dwa wnioskowane dowody to zmierzały one do wykazania posiadania przez przystępującego dodatkowego doświadczenia w wykonaniu innych robót, które nie zostały ujawnione w wykazie robót. Z punktu widzenia zarzutów przedstawionych w odwołaniu istotna jest jedynie wiedza i doświadczenie ujawnione przez przystępującego w wykazie robót. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawało ewentualne ustalenie, że przystępujący bądź podmioty trzecie, na których zasobach się opierał, legitymują się jeszcze innym doświadczeniem, którego nie ujawniono zamawiającemu.

Dwa pozostałe dowody zmierzały do wykazania, że również odwołujący nie legitymuje się wiedzą i doświadczeniem wymaganymi przez zamawiającego w warunku. Ustalono, że zamawiający nie kwestionował faktu wykazania wymaganej wiedzy i doświadczenia przez odwołującego, zaś okoliczność ta nie była objęta zarzutami odwołania. Izba stwierdziła, że rolą przystąpienia jest uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego wywołanego konkretnym odwołaniem na korzyść strony, do której uczestnik przystąpił. Nie jest celem przystąpienia zgłaszanie nowych zarzutów, lecz popieranie lub odpieranie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Przyjęcie poglądu, iż dopuszczalne jest zgłaszanie nowych zarzutów w przystąpieniu oznaczałoby ponadto obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących terminów na wniesienie odwołania, które mają charakter terminów zawitych, a więc takich których upływ powoduje wygaśnięcie prawa.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp mającego polegać na „zaniechaniu przez zamawiającego czynności uznania oferty przystępującego za odrzuconą”. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. W razie wykluczenia wykonawcy z postępowania jednoetapowego skutek odrzucenia oferty następuje z mocy prawa, nie jest natomiast wynikiem jakiegokolwiek czynności zamawiającego (w przeciwieństwie do czynności odrzucenia oferty w postępowaniach wieloetapowych – vide art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) (por. wyrok Izby z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11). Zamawiający nie mógł zatem naruszyć art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez „zaniechanie czynności uznania oferty za odrzuconą”.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przez odwołującego przepisem, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą podpisania umowy w sprawie tego zamówienia. Zamawiający nie zawarł jeszcze umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie mógł naruszyć powoływanego przez odwołującego przepisu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku*. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało*

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie zarzutów, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do zarzutów, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o oddalonych żądaniach uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: