

Sygn. akt: KIO 1884 / 17

WYROK

z dnia 25 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawcę **Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „HAŻBUD” Sp. z o.o. ul. Dukielska 83a, 38-300 Gorlice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nowy Żmigród, ul. Mickiewicza 2, 38-230 Nowy Żmigród**

przy udziale wykonawcy – **Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A. ul. Lewakowskiego 25, 38-400 Krosno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1884/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Gminie Nowy Żmigród** unieważnienie w części pierwszej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia z postępowania w tej części Odwołującego - **Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „HAŻBUD” Sp. z o.o.** oraz nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Gminę Nowy Żmigród** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez **Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „HAŻBUD” Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Nowy Żmigród** na rzecz Odwołującego-**Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „HAŻBUD” Sp. z o.o.** kwotę **10 000,00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Nowy Żmigród (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U 2015r. poz. 2164. z póź zm.), zwanej dalej ustawą lub Pzp, postępowanie o zamówienie publiczne pn. „Rozbudowa i modernizacja istniejącej oczyszczalni ścieków oraz budowa odcinków sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Nowy Żmigród”. Postępowanie zostało podzielone na dwie części, w tym część nr 1 - „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Nowym Żmigrodzie”.

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

W dniu 09 czerwca 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie nr 529594-N-2017 o zamówieniu. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pismem z dn. 06.09.2017r. znak: IOŚ.271.1.2.2017, Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. W pierwszej części została wybrana oferta złożona przez Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A., zaś Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp i w konsekwencji jego oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp. W drugiej części oferta złożona przez Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 11 września 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu go z postępowania w części pierwszej oraz dokonaniu wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza. W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie oferty pomimo tego, że oferta Odwołującego spełniała warunki udziału w postępowaniu opisane w SIWZ w szczególności w pkt. 6.2.3. lit a., a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust.4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

- 2) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne w treści sformułowanie pisma z dn. 27.07.2017r. zawierającego wezwanie Odwołującego do uzupełnienia „dokumentu” na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru nie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, gdyż oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Nadto Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe naruszenia, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. unieważnienie czynności wykluczenia na podstawie art. 24. ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
4. powtórzenie czynności oceny i badania ofert,
5. wybór na realizację zamówienia oferty Odwołującego,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż powodem wykluczenia go z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty jest okoliczność niespełnienia, w ocenie Zamawiającego, opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawartego w pkt. 6.2.3. lit. a SIWZ tj. „*wykonanie minimum jednego zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości min 400m³/d*”. Zdaniem Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego jest całkowicie bezzasadne, z uwagi na to, że:

- 1) w złożonej w dn. 05.07.2017r. ofercie, w załączniku nr 2 do SIWZ Odwołujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 6.2. Na wezwanie do złożenia dokumentów przez Zamawiającego z dn. 10.07.2017r.

przedstawił wszystkie wymagane wezwaniem dokumenty, w tym przedstawił wykaz robót budowlanych - zgodnie ze wzorem sporządzonym przez Zamawiającego tj. załącznikiem nr 4.1 do SIWZ wskazując na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 6.2.3 lit.a SIWZ w kolumnie 1 robotę budowlaną polegającą na budowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości $Q_{\text{śrd}}=500\text{m}^3/\text{d}$ w miejscowości Ropa w ramach zadania pn. „Zaprojektowanie i budowa oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ropa”. Do wykazu robót załączono dowód w postaci referencji potwierdzający, że roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności, że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

- 2) Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dn. 27.07.2017r. znak IOŚ.271.1..2.2017 wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego powołując się na zapis w SIWZ pkt. 6.2.3. lit.a cyt. *Zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunek wiedzy i doświadczenia dla części I zamówienia - Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków Nowym Żmigrodzie określił iż „O uzyskanie zamówienia mogą ubiegać się podmioty posiadające doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonanie min. 1 zamówienia porównywalnego z przedmiotem zamówienia (na załączniku Nr 4.1. do oferty). Jako jedno zamówienie porównywalne rozumie się wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości min. $400\text{m}^3/\text{d}$ ”.*

W dalszej części wezwania Zamawiający wskazał na przedstawioną przez Odwołującego referencję z Gminy Ropa obejmującą wykonanie oczyszczalni ścieków o przepustowości docelowej średniej $500\text{m}^3/\text{d}$, stwierdzając, że w referencjach nie podano faktycznej przepustowości wybudowanej oczyszczalni ścieków. Natomiast w załączniku nr 4.1. do oferty Odwołujący wskazał wybudowanie oczyszczalni o przepustowość $500\text{m}^3/\text{d}$.

- 3) Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w dn. 31.07.2017r. ponownie załączył tabelę obejmującą wykaz robót budowlanych - zał. nr 4.1. do SIWZ i potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazując ponownie zrealizowanie oczyszczalni ścieków w Ropie o $Q_{\text{śrd}}=500\text{m}^3/\text{d}$ i wyjaśniając w kolumnie 1 wykazu, że zaprojektowana oczyszczalnia ścieków jest do przepustowości $Q_{\text{śrd}}=500\text{m}^3/\text{d}$ i jest wykonana wraz z wszystkimi robotami budowlanymi - reaktorami, odwadnianiem.

W dniu 14 września 2017 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia Wykonawcy – Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A. (dalej: „KPBwK S.A. ” lub „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

KPBwK S.A. wskazała, iż kopię odwołania otrzymała w dniu 13 września 2017 r. W uzasadnieniu swojego interesu w przystąpieniu do postępowania, Przystępujący podał, iż jego oferta, jako druga w kolejności, wobec odrzucenia oferty Odwołującego, była zasadnie wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Uzasadniając swoje przystąpienie KPB stwierdziła, iż zarzuty Odwołującego są bezzasadne. Przystępujący poparł argumentację Zamawiającego, przedstawioną w decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz dodatkowo podniósł, iż zgodnie z postanowieniem pkt 6.2.3. SIWZ, warunkiem uczestnictwa w postępowaniu było posiadanie doświadczenia polegającego na wykonaniu zamówienia porównywalnego z przedmiotem zamówienia, przy czym jako zamówienie porównywalne zostało określone wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 400 m³ na dobę. Przepustowość oczyszczalni nie jest definiowana przepisami i dlatego, w ocenie Przystępującego, należy sięgnąć do pojęcia stosowanego w statystyce publicznej, gdzie m.in. znalazła się definicja wskazująca, iż przepustowość oczyszczalni to średni dobowy przepływ ścieków określony w dokumentacji technicznej oczyszczalni. Dlatego w ocenie wykonawcy, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu należało wykazać się doświadczeniem w wykonaniu robót polegających na budowie lub przebudowie oczyszczalni, do której średni dobowy dopływ ścieków wynosi obecnie co najmniej 400 m³ na dobę. Wskazana przez Odwołującego, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, budowa oczyszczalni w miejscowości Ropa, nie potwierdza spełnienia warunku, bowiem nie wybudowano tam takiej oczyszczalni. Według oficjalnej informacji Zamawiającego – Gminy Ropa, zamieszczonej na stronie internetowej, powstała tam infrastruktura:

- a) mechaniczno-biologiczna oczyszczalnia ścieków pracująca w technologii SBR o przepustowości dobowej 250 m³ z częścią budowlaną umożliwiającą rozbudowę o technologię do przepustowości dobowej 500m³,
- b) 3 przepompownie ścieków umożliwiające odprowadzenie ścieków na oczyszczalnię, zlokalizowane w miejscach topograficznie trudnych oraz
- c) sieć kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej o długości 15,173 km.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym Zamawiający podał, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego, która zawiera najniższą cenę, ale Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz oferta złożona przez Przystępującego, spełniająca wszystkie warunki udziału, lecz zawierająca wyższą cenę. Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest modernizacja istniejącej oczyszczalni ścieków o przepustowości 500 m³/d i rozbudowa do przepustowości dobowej 1000m³/d. W związku z funkcjonowaniem istniejącej oczyszczalni ścieków, Zamawiający nie dopuszcza czasowych przerw w pracy oczyszczalni a projekt zakłada modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w trzech fazach, tj. roboty przygotowawcze, budowę nowych obiektów z pełnym wyposażeniem (I faza), modernizację istniejących obiektów – wyposażenie komór technologicznych w nowe urządzenia i instalacje (II faza) i przekazanie oczyszczalni do kompleksowego rozruchu technologicznego o przepustowości 1000 m³ (III faza). Zadanie jest skomplikowane, a złożoność robót budowlanych i technologicznych wymaga od Wykonawcy doświadczenia w wykonaniu porównywalnego zamówienia w okresie pięciu lat poprzedzających postępowanie. Określenie w opisie warunku udziału mniejszej przepustowości, niż określona w SIWZ, byłoby dla Zamawiającego niekorzystne, gdyż wybrany wykonawca mógłby nie podołać realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego złożony przez Odwołującego wykaz robót budowlanych nie pozwala na przyjęcie, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Z analizy dokumentacji technicznej zadania opisanego w pkt 1 tj. zaprojektowanie i budowa oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ropa oraz dodatkowych wyjaśnień wynika, że faktycznie zrealizowana przepustowość oczyszczalni wynosi 250 m³. Natomiast z przedstawionych przez Odwołującego poświadczeń wykonania robót budowlanych wykazanych w pkt 2 i 3 dla zadań pn. „Przebudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Haczów” i „Budowa gminnej oczyszczalni ścieków w miejscowości Zakościele, gm. Inowłódź” oraz informacji uzyskanych od inwestorów wynika, że Odwołujący był podwykonawcą niewielkiej części prac. Gmina Haczów w swoim piśmie stwierdziła, że Odwołujący jako podwykonawca wykonywał prace wykończeniowe i sanitarno-montażowe, zaś Gmina Inowłódź w swoim piśmie potwierdziła fakt podwykonawstwa Odwołującego w zakresie budowy budynku techniczno-socjalnego bez fundamentów oraz zagospodarowania terenu w niepełnym zakresie.

Zamawiający stwierdził, iż sporządzone przez niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 27 lipca 2017 r. było jasne oraz, że nie ma wiedzy, jakimi

konkretnymi dokumentami Odwołujący dysponuje i nie w związku z tym mógł wezwać o przedłożenie konkretnych dokumentów.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący złożył do akt, z wnioskiem do dołączenia w poczet dowodów w sprawie, dokumenty w postaci: zawiadomienia Gminy Żmigród z dnia 05.08.2009r. o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej wraz z referencjami wystawionymi dla Odwołującego z dnia 11.01.2011 r., w innym postępowaniu, którego przedmiotem była budowa sieci kanalizacji sanitarnej i oczyszczalni ścieków dla Gminy Żmigród (Dowód nr 1), pismo Gminy Ropa z dnia 8 września 2017 r., stanowiące uściślenie udzielonych referencji (Dowód nr 2), umowy zawartej z Przedsiębiorstwem Usługowo Produkcyjno Handlowym „OTECH” Sp. z o.o. jako Generalnym Wykonawcą zadania pn. „Przebudowa oczyszczalni ścieków w Haczowie” (Dowód nr 3) oraz opis techniczny do projektu wykonawczego technologii oczyszczalni ścieków w miejscowości Wojnarowa, Gmina Korzenna (str. 1 i 2) wraz z poświadczeniem wykonania robót wystawionym dla Odwołującego przez Gminę Korzenna (Dowód nr 4).

Na rozprawie Zamawiający w swoich twierdzeniach powołał się na dokumenty, wydane na potrzeby przedmiotowego postępowania o zamówienie w postaci: Decyzji Starosty Jasielskiego z dnia 24.06.2013 r. udzielającej pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzenie oczyszczonych ścieków komunalnych w Nowym Żmigrodzie oraz Decyzji z dnia 22.01.2016 r. o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia.

Na rozprawie Zamawiający zaprezentował stanowisko, wskazujące, iż według niego nie powinno budzić wątpliwości, iż w SIWZ chodzi o wykonanie oczyszczalni w całości przez danego wykonawcę, czy to samodzielnie czy w konsorcjum. Nie może natomiast być wykonane w charakterze podwykonawcy. Podwykonawstwo oznacza wykonanie tylko części oczyszczalni i wyklucza doświadczenie w wykonywaniu całej oczyszczalni. Jeśli chodzi o inwestycję w Haczowie, której wartość przekracza 5 000 000 zł, wykonany przez Odwołującego budowlany zakres prac o wartości przekraczającej 1 800 000 zł, jest niewielkim zakresem i nie może potwierdzać wymaganego w SIWZ doświadczenia. Odnosząc się do dowodu dotyczącego wykonania inwestycji w m. Wojnarowa, Gmina Korzenna, która została wskazana przez Odwołującego w wykazie robót w części 2 niniejszego postępowania, Zamawiający podniósł, iż nie został on przedłożony na etapie wcześniejszym, tj. nie został załączony w części I postępowania, w odpowiedzi na wezwanie, jak również do odwołania i oświadczył, iż nie jest rolą Zamawiającego kompletowanie oferty i składanie jej z różnych części tego samego postępowania.

Ponadto jest w nim mowa o przepustowości 375 m³ na dobę, tj., mniejszej niż wymagana w SIWZ. Zamawiający oświadczył, iż posługuje się przepustowością nominalną, przez co rozumie przepustowość średnią. Przepustowość maksymalna to przepustowość wyjątkowa, natomiast przepustowość minimalna to taka, poniżej której dochodzi do zamierania szczepów bakterii. Zamawiający wskazał również, iż treść SIWZ nie zawiera wartości progowych, jeśli chodzi o wartość zrealizowanych robót.

Przystępujący na rozprawie oświadczył, iż SIWZ nie odwołuje się ani do przepustowości nominalnej, ani średniej czy maksymalnej, określa jedynie minimalną przepustowość 400 m³ na dobę, co oznacza jego zdaniem, iż Odwołujący także za sprawą dowodu nr 4, nie wykazał wykonania oczyszczalni o wymaganej w SIWZ przepustowości. Stwierdził również, iż istotne znaczenie ma, jaki zakres robót wykonał Odwołujący w wykazanych w wykazie inwestycjach, tj. czy wykonał przebudowę albo budowę oczyszczalni. Wykonanie części zadania, zdaniem Przystępującego, nie potwierdza doświadczenia. Jeśli chodzi o inwestycję dla Gminy Ropa to, zdaniem Przystępującego, istotne jest, iż obecnie ma ona przepustowość 250 m³/d.

Odwołujący na rozprawie wskazał m.in. iż wybudowana przez niego oczyszczalnia dla Gminy Ropa przygotowana jest na przyjęcie i odbiór ścieków do 500m³ na dobę. Obydwa ciągi technologiczne zostały przez niego wybudowane, jednakże, zgodnie z założeniami Zamawiającego, tylko jeden z nich został doposażony z uwagi na dopiero rozpoczęty proces kanalizacji. Doposażenie nie wymaga nowego pozwolenia na budowę czy rozbudowę. Cały obszar został zagospodarowany, zamówienie zostało wykonane zgodnie z pozwoleniem na budowę na przepustowość 500m³ na dobę. Odwołujący podniósł, iż SIWZ w zakresie przedmiotowego warunku, nie podaje czy minimalna przepustowość 400 m³ to przepustowość minimalna średniodobowa, czy minimalna maksymalna dobową oczyszczalni ścieków. Zamawiający nie zastrzegł również w SIWZ, że zrealizowana inwestycja mająca potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu musiała być wykonana w charakterze generalnego wykonawstwa, co oznacza, że Zamawiający dopuszczał podwykonawstwo. SIWZ nie wskazywała również, iż w ramach danej roboty mają być wykonane wszystkie branże, ani progu kwotowego. Wskazał, iż nie jest dopuszczalne doprecyzowywanie warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert. Wskazuje to bowiem na naruszenie art. 7 ustawy Pzp. Z jego oferty wynika, że wykonał on także budowę oczyszczalni ścieków w m. Wojnarowa Gmina Korzenna. Nie wykazał tej roboty w wykazie dla części I, ponieważ uznał, iż przekazane informacje są wystarczające oraz, że Zamawiający ma wiedzę w tym zakresie, skoro ta robota znalazła się w wykazie złożonym

w przedmiotowym postępowaniu dla części drugiej i powinna być uwzględniona przy badaniu spełnienia warunku działu w postępowaniu w części pierwszej. Odwołujący wskazał również, iż w wezwaniu z dnia 27.07.2017 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów, a nie wyjaśnień dokumentów złożonych w postępowaniu. W jego ocenie, skoro Zamawiający miał wątpliwości co do przepustowości oczyszczalni w Gminie Ropa, to zważywszy, iż z załączonych przez Odwołującego dokumentów wynikało, iż jest ona o przepustowości 500m³, powinien jednoznacznie przedstawić swoje wątpliwości w wezwaniu, zamiast wzywać do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący podał również, iż skoro był w stanie wyposażyć jeden reaktor zgodnie z wytycznymi inwestora to potwierdza, że jest także w stanie wyposażyć drugi. Odwołujący był wykonawcą projektu w Gminie Ropa i dlatego ma największą wiedzę w zakresie tej inwestycji. Podał w ofercie informacje zgodne ze stanem faktycznym. Zaprojektowana i wykonana oczyszczalnia ma przepustowość 500m³ i nie wymaga rozbudowy a jedynie wyposażenia drugiego reaktora w niezbędne urządzenia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w toku postępowania oraz dokumentami złożonymi na wezwanie Zamawiającego, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Wykluczenie go z postępowania, skutkuje natomiast pozbawieniem go możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, wskazanych w odwołaniu.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego Krośnieńskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego w Krośnie S.A. Przystąpienie nastąpiło w ustawowym terminie i z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła , co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i modernizacja istniejącej oczyszczalni ścieków oraz budowa odcinków sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Nowy Żmigród. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Odwołujący złożył ofertę w obydwu częściach.

W pierwszej części Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego oferta uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający podał, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 27 lipca 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 6.2.3.lit. a SIWZ, który stanowi: *„O uzyskanie zamówienia mogą ubiegać się podmioty posiadające doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie mini. 1 jednego zamówienia porównywalnego z przedmiotem zamówienia (na załączniku Nr 4 do oferty)). Jako jedno zamówienie porównywalne rozumie się wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 400m³/dobę.”* Wykonawca uzupełnił dokumenty przedstawiając wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z dowodami określającymi, że roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. W wykazie znalazły się trzy roboty tj. „Zaprojektowanie i budowa oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ropa”, „Przebudowa mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków w m. Haczów” oraz „Budowa gminnej oczyszczalni ścieków w m. Zakościele Gm. Inowódź”. Jednak żadna z wymienionych w wykazie robót, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdzała wymaganego w SIWZ doświadczenia.

Według Zamawiającego pierwsza z wykazanych przez Wykonawcę robót obejmowała faktyczne wykonanie oczyszczalni o przepustowości 250 m³/d, bowiem

o takiej przepustowości oczyszczalnia obecnie pracuje. Wykonawca wykonał elementy budowlane pod oczyszczalnię o przepustowości docelowej 500m³, lecz dostarczył technologię i dokonał uruchomienia technologicznego dla przepustowości 250m³/d, a więc mniejszej niż wymagana w SIWZ. Pozostałe dwie roboty dotyczyły oczyszczalni o wymaganej przepustowości, ale były wykonane w charakterze podwykonawcy i z tego powodu, według Zamawiającego, nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, jako uzasadnione, zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby ocena podmiotowa dokonana przez Zamawiającego została przeprowadzona jedynie w aspekcie formalnym, bez przeprowadzenia rzetelnej analizy wykazanego w przedmiotowym postępowaniu doświadczenia i bez uwzględnienia celu stawiania ww. warunku, tj. oceny realnej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, jak również bez uwzględnienia literalnego brzmienia pkt 6.2.3.lit.a SIWZ.

Wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 r. było wysłane do Odwołującego po wejściu w posiadanie dokumentów przekazanych przez Odwołującego za pismem z dnia 13 lipca 2017 r., którym Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia m.in. wykazów robót wraz z referencjami dla Części I i II odpowiednio według załączników 4.1. i 4.2. Odwołujący złożył wykazy wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie robót. Załącznik nr 4.1. obejmował jedną robotę tj. budowę mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków w m. Ropa. Załącznik nr 4.2. obejmował dwie roboty, w tym robotę w Gminie Korzenna. Do wykazu tego zostało załączone m.in. poświadczenie wykonania robót, wystawione przez Gminę Korzenna dla Odwołującego, z którego wynika, że wykonał on m.in. dokumentację projektową, uzyskał pozwolenie na budowę oraz realizację mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków w m. Wojnarowa o $Q_{\text{śrd}}=375\text{m}^3/\text{d}$. (w aktach sprawy str. 357 i 360-363 dokumentacji złożonej przez Zamawiającego).

Złożony przez Odwołującego Opis techniczny do projektu wykonawczego technologii oczyszczalni ścieków w miejscowości Wojnarowa, Gmina Korzenna (ww. Dowód nr 4) zawiera informację, iż dopływy dobowe charakterystyczne dla oczyszczalni wnoszą:
 $Q_{\text{d śr}} 375 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz $Q_{\text{d max}} 487,5 \text{ m}^3/\text{d}$.

Dokumenty przywołane na rozprawie przez Zamawiającego wskazują zarówno na przepustowość średnią jak i maksymalną. I tak Decyzja Starosty Jasielskiego z dnia

24.06.2013 r. w sprawie pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzenie oczyszczonych ścieków komunalnych w Nowym Żmigrodzie wymienia przepustowość maksymalną, zaś Decyzja z dnia 22.01.2016 r. o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, podaje, iż dla przedmiotowego zadania przepustowość średnia to $Q_{\text{śrd}} 1000 \text{ m}^3/\text{d}$, zaś maksymalna to $Q_{\text{maxd}} 1200 \text{ m}^3/\text{d}$. Wskazuje to na to, iż przepustowość oczyszczalni jest definiowana w odniesieniu do przepływu średniego i maksymalnego.

SIWZ, przy określaniu warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia (ww. pkt 6.2.3 lit a), nie określała, czy chodzi o średnią czy maksymalną przepustowość. Z tych względów, w ocenie Izby, wykazanie się przez Odwołującego wykonaniem roboty o maksymalnej przepustowości przekraczającej $400 \text{ m}^3/\text{d}$, należy uznać za potwierdzenie

posiadanego doświadczenia. Brak precyzji Zamawiającego w postanowieniach SIWZ nie może wywierać negatywnych skutków dla wykonawców. Postanowienia SIWZ są wiążące i nie mogą być zmieniane czy uzupełniane na etapie badania i oceny ofert. Okoliczność, iż robota wykonana dla Gminy Korzenna została wskazana w załączniku nr 4.2. a nie nr 4.1., nie zmienia tej oceny. Istotne jest to, iż wiedza o wykonaniu zamówienia dla Gminy Korzenna wraz z poświadczeniem wykonania przez Odwołującego oczyszczalni o przepustowości średniej zbliżonej do $400 \text{ m}^3/\text{d}$, była w posiadaniu Zamawiającego. Po stronie Zamawiającego była również wiedza, że SIWZ nie zawiera wskazania na rodzaj przepustowości tj. średnia czy maksymalna, jak również wiedza, że przepustowość średnia zwykle jest niższa niż maksymalna. W tym stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do wyjaśnień co do maksymalnej przepustowości oczyszczalni zbudowanej dla Gminy Korzenna. Z treści dowodu nr 4 przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie, który mógłby być też przedstawiony Zamawiającemu na jego wezwanie w postępowaniu, wynika, że maksymalna przepustowość oczyszczalni w Gminie Korzenna przekracza 400 m^3 na dobę.

Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego, przy zawężającej wykładni postanowień SIWZ tj. nie uwzględniającej maksymalnej przepustowości oraz nie uwzględniająca doświadczenia Odwołującego wynikającego ze złożonych w ofercie dokumentów, doprowadziła, w ocenie Izby, do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Miało to istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby wezwanie z dnia 27 lipca 2017 r. było nieprecyzyjne. Wezwanie to zostało wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie złożył wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Takie wezwanie winno być szczegółowe i jasno określać, jakie dokumenty lub oświadczenia powinny być uzupełnione, jakie są, zdaniem zamawiającego, niekompletne, jakie zawierają błędy lub budzą wskazane wątpliwości.

W świetle posiadanych przez Zamawiającego dokumentów i celu postawionego warunku, którym jest potwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, Zamawiający powinien w wezwaniu jasno określić jakie zastrzeżenia i/lub jakie ma wątpliwości. Wezwanie Zamawiającego nie spełniało tych wymogów. Treść wezwania wskazuje, iż Zamawiającemu chodzi o to, że referencje Gminy Ropa nie podają faktycznej przepustowości wybudowanej i oddanej do użytkowania oczyszczalni, nie zaś o to, że zgodnie z wiedzą Zamawiającego, oczyszczalnia w Gminie Ropa jest wyposażona w urządzenia pozwalające na osiągnięcie przepustowości tylko 250 m³/d. Takie wezwanie może sugerować oczekiwanie na uzupełnienie referencji w zakresie przepustowości oczyszczalni w Gminie Ropa, podczas gdy w istocie chodziło o wykazanie zupełnie innej roboty.

Potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Z tych względów Izba uznała za niekonieczne szczegółowe odnoszenie się do argumentów Zamawiającego, przedstawionych w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, tj. do treści uzupełnionego wykazu robót złożonego przez Odwołującego w części 1 postępowania.

Jednakże, za celowe należy uznać wskazanie, co najmniej, iż SIWZ nie zawierała jednoznacznego postanowienia wskazującego np. iż za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie będzie uznana budowa oczyszczalni o wymaganej docelowej przepustowości, a jedynie oczyszczalni obecnie działającej, przy wskazanej przepustowości, co przy istniejącej różnej praktyce (np. budowa oczyszczalni o docelowej większej przepustowości, niż aktualnie potrzebna albo budowa oczyszczalni o aktualnie potrzebnej przepustowości, a następnie jej rozbudowa) należałoby uznać za celowe i co nie pozostawiałoby marginesu na różną interpretację postanowień SIWZ. Nadto SIWZ nie zawierała także postanowienia wskazującego, iż dla spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu

udział wykonawcy w wykonaniu robót musi być w charakterze generalnego wykonawcy, a nie w charakterze podwykonawcy, nie określała także progu czy to kwotowego czy przedmiotowego, w którym udział w charakterze podwykonawcy potwierdzałby posiadane doświadczenie. Między innymi z tego powodu Zamawiający nie był uprawniony do wprowadzenia takiego ograniczenia na etapie badania spełniania warunków.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

