

POSTANOWIENIE
z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Agata Dziuban

wobec cofnięcia w dniu 19 marca 2012 roku przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2012 r. przez **wykonawcę ENERGOPOL-SZCZECIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samorząd Województwa Pomorskiego – Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, ul. Sucha 12**

postanawia :

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy ENERGOPOL-SZCZECIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane dla następujących zadań projektu „Kompleksowe zabezpieczenie przeciwpowodziowe Żuław – Etap I – Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku”, realizowanego w ramach działania 3.1 priorytetu III Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 – 2013 :

- 1) B04+B05 Rzeka Wisła – odbudowa lewego wału przeciwpowodziowego na odcinku Giemlice – Kieźmark w km 14+300 – 21+500
- 2) B06 Rzeka Wisła – odbudowa lewego wału przeciwpowodziowego na odcinku Kieźmark – Przegalina w km 21+ 500 – 28 +200

zostało wszczęte przez zamawiającego Samorząd Województwa Pomorskiego – Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, ul. Sucha 12 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 marca 2012r. za numerem 2012/S 43-069841.

Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) została zamieszczona na stronie zamawiającego www.zmiuw.gda.pl.

W dniu 12 marca 2012r. na treść ogłoszenia i siwz odwołanie wniósł drogą elektroniczną Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13 – dalej odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku z art. 22 ust. 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez sformułowanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III.2.3. (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.2.1. siwz w sposób niejednoznaczny, niejasny, ograniczający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wniósł o

1. nakazanie zamawiającemu modyfikacji sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III.2.3. (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.2.1. siwz, poprzez rozszerzenie katalogu metod, w jakich były wykonywane przesłony przeciwfiltracyjne, także o inne metody niż tylko WIPS, a w szczególności o metodę CDMM,

2. nakazanie zamawiającemu modyfikacji sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III.2.3. (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.2.1. siwz, poprzez wyraźne wskazanie, że fragment „o sumarycznej wartości robót co najmniej 15 mln zł. brutto” odnosi się do jednej lub kilku robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie wałów przeciwpowodziowych, w tym wykonanie jednej lub kilku przesłon przeciwfiltracyjnych w ilości ogółem nie mniejszej niż 10 000m²,
3. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż odwołanie zmierza do umożliwienia mu złożenia oferty w oparciu o posiadane doświadczenie, może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów, gdyż pomimo posiadania doświadczenia w realizacji robót będących przedmiotem zamówienia został on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu. Odwołujący powołał treść ogłoszenia o zamówieniu zawartą w sekcji III.2.3. (Kwalifikacje techniczne) orasz w pkt. 6.2.1. siwz i wskazał, że tak zakreślony opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Eliminuje on wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w zakresie budowy, przebudowy lub remontu wałów przeciwpowodziowych, w tym wykonywaniu przesłon przeciwfiltracyjnych, które były wykonywane inną metodą niż WIPS np. metodą CDMM. Odwołujący powołał treść art. 22 ust. 4 ustawy i podniósł, że w jego ocenie nie została spełniona przesłanka proporcjonalności. Powołał w zakresie sposobu rozumienia pojęcia proporcjonalności stanowisko doktryny wyrażone w „Prawo zamówień publicznych – Komentarz” M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Warszawa 2010 s. 159-160. Według odwołującego wymagane doświadczenie nie może być doświadczeniem identycznym z przedmiotem zamówienia, a warunek powinien być skonstruowany tak, aby stworzyć konkurencję między wykonawcami, którzy podążają zadaniu, jakie jest do wykonania. Ograniczenie sposobu spełniania warunku do metody WIPS jest, według odwołującego, nadużyciem, gdyż na rynku funkcjonują wykonawcy, którzy posiadają bogate doświadczenie w robotach budowlanych na wałach powodziowych, ale przy pomocy innych metod jak np. CDMM czy DSM. Zatem przedmiotem badania powinno być doświadczenie w robotach budowlanych na wałach przeciwpowodziowych, w tym w wykonywaniu przesłon przeciwfiltracyjnych, zaś metoda wykonania nie powinna być przez zamawiającego w ogóle badana. Według odwołującego metody wykonywania przesłon przeciwfiltracyjnych są do siebie zbliżone i osiąga się nimi ten sam efekt czyli przesłnę opartą na prawie identycznych

materiałach (mieszkankach bentonitowo-cementowych) przy użyciu podobnego sprzętu. Według odwołującego jego stanowisko potwierdzają wymogi zamawiającego co do sprzętu, gdyż wymagany sprzęt nie da się przypisać konkretnej metodzie. Ponadto odwołujący wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga zastosowania zarówno technologii WIPS –wibracyjnie iniektowana przesłona szczelinowa – 90% przesłon do wykonania, jak i DSM – bezwibracyjna metoda mieszania wgłębnego, iniekcji manszetowej. Tym samym w ocenie odwołującego, brak jest uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia, dla preferowania przez zamawiającego metody WIPS, bo skoro dla zamawiającego metoda wykonania ma istotne znaczenie to powinien weryfikować obie wymagane przez siebie metody WIPS i DSM. Ponadto wymóg posiadania kafara lub wiertnicy z osprzętem do wykonania przesłon nie da się przypisać do konkretnej metody wykonania przesłony. Tym samym odwołujący uznał, że wymaganie zamawiającego jest nieuzasadnione, brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca posiadający doświadczenie w wykonywaniu przesłony przeciwpowodziowej metodą inną niż WISP nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że sam zamawiający przyjął, że wykonawca, który ma doświadczenie w pracach wykonywanych w metodzie WIPS jest w stanie wykonać także tę część zamówienia, która wymaga zastosowania metody DSM.

Według odwołującego nieprecyzyjne jest również sformułowanie „o sumarycznej wartości robót co najmniej 15 mln. zł.” gdyż może się odnosić zarówno do wartości robót dotyczących samych przesłon , jak również do wartości całości robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie wałów przeciwpowodziowych, wśród których wykonano również przesłony przeciwfiltracyjne w ilości nie mniejszej niż 10 000m². Odwołujący wskazał, że według niego postanowienie to winno odnosić się do całości robót budowlanych i podkreślił, że tylko taka wartość jest możliwa do weryfikacji, zwłaszcza przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie nie ma wyceny poszczególnych elementów składających się na całość robót budowlanych. Zdaniem odwołującego taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu daje możliwość arbitralnej oceny, a nadto narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż wykonawca po zapoznaniu się z tym opisem nie może być pewien czy go spełnia. Odwołanie zostało opatrzone podpisami cyfrowymi weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu dla dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS odwołującego i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 marca 2012r. faksem i bezpośrednio.

W dniu 13 marca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców, którzy pobrali siwz o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię, a także zamieszczając ją na swojej stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 14 marca 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której postanowił uwzględnić zawarte w odwołaniu zarzuty w całości oraz stwierdził, iż zmienił treść ogłoszenia w pkt II.2.3. w zakresie zaskarżonym wskazując „Wykonawca powinien wykazać się wykonaniem jednej lub kilku robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie wałów przeciwpowodziowych, w tym wykonaniem jednej lub kilku przesłon przeciwfiltracyjnych z zastosowaniem zawieszin twardniejących w ilości ogółem nie mniejszej niż 10 000 m², o sumarycznej wartości robót co najmniej 15 mln zł. brutto – wartość robót odnosi się do jednej lub kilku robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie wałów przeciwpowodziowych, w tym wykonaniu jednej lub kilku przesłon przeciwfiltracyjnych z zastosowaniem zawieszin twardniejących w ilości ogółem nie mniejszej niż 10 000m². Analogiczne postanowienia zamawiający wprowadził w ramach modyfikacji pkt 6.2.1. siwz.

W dniu 19 marca 2012 roku odwołujący cofnął odwołanie. Cofnięcie została podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W terminie tj. do końca dnia 16 marca 2012r. nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden z wykonawców.

Wobec ustalenia, że odwołujący wycofał skutecznie odwołanie, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania, zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy i w związku z tym z mocy przepisu art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp odwołującemu zwraca się 90% wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli wycofującemu odwołanie zwraca się 18 000 zł (słownie osiemnaście tysięcy zł).

Przewodniczący