

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Budimex S.A., Cadagua S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Rudowskiego 10, 97-300 Piotrków Trybunalski**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hydrobudowa Gdańsk S.A., Molewski Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1733/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Budimex S.A., Cadagua S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Budimex S.A., Cadagua S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, 58-100 Świdnica**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Budimex S.A., Cadagua S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, 58-100 Świdnica** na rzecz zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Rudowskiego 10, 97-300 Piotrków Trybunalski** stanowiącą koszty 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 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Piotrków Trybunalski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych i inżynierskich dla kontraktu - Modernizacja oczyszczalni ścieków - Kontrakt nr I, w ramach projektu: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Piotrkowie Trybunalskim. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 1-001251. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia: Dz. Urz. UE z dnia 6 stycznia 2012 r. (nr ogłoszenia 2012/S 3-003361); Dz. Urz. UE z dnia 20 stycznia 2012 r. (nr ogłoszenia 2012/S 13-019612); Dz. Urz. UE z dnia 8 lutego 2012 r. (nr ogłoszenia 2012/S 26-041126); Dz. Urz. UE z dnia 14 lutego 2012 r., (nr ogłoszenia 2012/S 30-047341); Dz. Urz. UE z dnia 25 lutego 2012 r., (nr ogłoszenia 2012/S 39- 062080); Dz. Urz. UE z dnia 10 marca 2012 r., (nr ogłoszenia 2012/S 49-079509).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Budimex S.A., Cadagua S.A. z siedzibą lidera w Warszawie (zwane dalej „Konsorcjum Budimex – Cadagua”) wnieśli odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2012 r. Zamawiający wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk S.A., Molewski Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Gdańsku (zwane dalej „Konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk – Molewski”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp poprzez wykluczenie Konsorcjum Budimex – Cadagua z postępowania;
- 2) art. 26 ust 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Budimex - Cadagua do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4;

ewentualnie

- 3) art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Budimex - Cadagua do uzupełnienia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego;

ewentualnie

- 4) wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4 na podstawie art. 26 ust 4 Pzp;

lub

- 5) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4 na podstawie art. 26 ust 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że dnia 16 maja 2012 r. zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Następnie unieważnił tę czynność, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, po czym dnia 3 sierpnia 2012 r. wykluczył odwołującego z postępowania wskazując przepis art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp. Jako podstawę faktyczną zamawiający podał - brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie eksperta nr 4.

Pismem z dnia 26 lipca 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - załączników nr 4, 5d i 5e do siwz, precyzując, że wezwanie „dotyczy eksperta nr 4 i eksperta nr 5”. W wezwaniu zamawiający nie wskazał, z jakich powodów uznał, że załączony do oferty wykaz osób nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób wskazanych na stanowisko eksperta nr 4 (Technolog w branży sanitarnej) oraz eksperta nr 5 (Ekspert ds. eksploatacji).

W związku z tym odwołujący uzupełnił wymagane dokumenty, wskazując na stanowisko eksperta nr 4 p. A..... O..... M..... (tę samą osobę, która została wskazana w ofercie). Odwołujący uzupełnił wykaz osób o informacje dot. szczegółowego przebiegu kariery zawodowej p. A..... O..... M....., ze wskazaniem dat pełnienia określonych funkcji na wszystkich wymienionych w wykazie obiektach.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co zostało wyraźnie wykazane w ofercie i dokumentach uzupełnionych na wezwanie zamawiającego.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz od Eksperta nr 4 - Technologa w branży

sanitarnej wymagane było m.in. doświadczenie w branży wodno-ściekowej, w tym co najmniej 10 lat jako technolog w branży sanitarnej. Zamawiający nie zdefiniował w treści specyfikacji pojęcia „branża sanitarna”, w związku z tym interpretacja tego pojęcia powinna uwzględniać jego zwykłe znaczenie z uwzględnieniem zakresu pojęciowego stosowanego w budownictwie. Powołał w tym zakresie orzeczenia KIO z dnia 18 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 34/12) oraz z dnia 17 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 33/12).

Odwołujący wyjaśnił, że w załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyły przy realizacji zamówienia, odwołujący wskazał p. A..... O..... M..... W wykazie odwołujący oświadczył, że osoba ta posiada „doświadczenie zawodowe ogółem 22 lata, w tym jako Technolog branży wodno-ściekowej 19 lat.” Posłużenie się określeniem „branża wodno-ściekowa” miało na celu doprecyzowanie, zawężenie pojęcia „branża sanitarnej” w celu wykazania, że wskazana w ofercie osoba posiada doświadczenie w branży sanitarnej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia (w zakresie wodno-ściekowym, nie np. w zakresie instalacji freonowej). Pojęcie branży wodno-ściekowej mieści się bowiem w zakresie pojęcia „branża sanitarna”. Branża wodno-ściekowa jest elementem (częścią) branży sanitarnej. W skład instalacji sanitarnych wchodzi m.in.: instalacja wodna (wody zimnej, wody ciepłej, wody cyrkulacyjnej), instalacja kanalizacji (sanitarnej, deszczowej, technologicznej), instalacja wodociągowa przeciwpożarowa (tryskaczowa, hydrantowa), instalacja grzewcza, instalacja chłodnicza (lub inaczej ziębnicza), instalacja freonowa: instalacja wentylacji (wentylacji mechanicznej, wentylacji grawitacyjnej, aeracji), instalacja wentylacji pożarowej (oddymiania, nawiewu pożarowego), instalacja klimatyzacji, instalacja gazowa, instalacja olejowa, instalacja spalinowa.

Odwołujący wskazał ponadto, że pojęcie branży sanitarnej pojawia się również w prawodawstwie polskim. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wśród samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wymienia funkcję w specjalności instalacyjno – inżynierskiej z zakresu sieci - obejmującą sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu (§ 13 ust 1 pkt 4 lit. a) oraz instalacji sanitarnych (§ 13 ust 1 pkt 4 lit. b). Uprawnienia nadane na podstawie tych przepisów są nadal aktualne i uprawniają do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie w jakim zostały wydane (sieci lub instalacji sanitarnych). Obowiązujące przepisy nie posługują się wprost pojęciem „branża sanitarnej”, czy „zakresu sieci i instalacji sanitarnych”. Zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) uprawnienia budowlane są udzielane m.in. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Ustawodawca nie posługuje się już pojęciem

instalacji czy sieci sanitarnych, jednakże zakresem tych uprawnień objęta została tzw. branża sanitarna. Ponadto, zgodnie z Załącznikiem 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U z 2006, Nr 83, poz. 578 ze zm.), specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych obejmuje specjalizacje w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, co oznacza, że również na podstawie obecnie obowiązujących przepisów specjalizacja wodno kanalizacyjna jest pojęciem węższym od specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (obejmującej tzw. branżę sanitarną).

Nawet jednak gdyby uznać, że pojęcie branży sanitarnej jest przez zamawiającego rozumiane w inny sposób, a jego zakres pojęciowy jest węższy niż powszechnie przyjęty, interpretacja taka nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy, skoro nie została wyraźnie opisana w siwz. Zgodnie z orzecznictwem KIO wszelkie niejasności i nieścisłości w treści warunków udziału w postępowaniu należy interpretować na korzyść wykonawców (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 33/12, wyrok KIO z dnia 17 maja 2012 r. sygn. akt KIO 894/12, wyrok KIO z dnia 17 maja 2012 r. sygn. akt KIO 799/12).

Zdaniem odwołującego doświadczenie p. A..... O..... M..... w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej jest doświadczeniem technologa w branży sanitarnej. Odsalanie wody morskiej jest jednym ze sposobów otrzymywania wody do picia. W związku z tym doświadczenie technologa zdobyte na takich obiektach mieści się w zakresie pojęcia „branża sanitarna”. Sam zamawiający w piśmie z dnia 3 sierpnia 2012 r. przyznał, że doświadczenie to w pewnych (a może znacznej części) przypadkach jest doświadczeniem w branży sanitarnej. W związku z tym wykazując 19 letnie doświadczenie w branży wodno - ściekowej. Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 26 ust 4 Pzp

Z informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania wynika, że z dokumentów przedstawionych przez odwołującego, zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający powziął wątpliwości w szczególności w zakresie doświadczenia zdobytego na Stacjach Odsalania Wody Morskiej. Jednakże wątpliwości takie muszą zostać wyjaśnione. Zdaniem odwołującego zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków w postaci wykluczenia przed usunięciem wszystkich wątpliwości z zakresie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Co do zasady wezwanie do wyjaśnień treści dokumentów nie jest obligatoryjne, jednakże w sytuacji gdy zamawiający ma wątpliwości w zakresie treści dokumentów powinien skorzystać z procedury, o której mowa w tym przepisie. W przeciwnym razie zamawiający nie może ocenić, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 570/12, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 281/12; KIO 290/12, wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 4/12, wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 584/12; KIO 594/12, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 519/12, wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 49/12).

Z uwagi na powyższe wykluczenie odwołującego z postępowania jest co najmniej przedwczesne. Zamawiający sam wskazał, że dokumenty złożone przez odwołującego budziły jego wątpliwości, które nie zostały rozwiane w procedurze wezwania do uzupełniania dokumentów. Pomimo to nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał, w jaki sposób wykonawca ma potwierdzić spełnianie poszczególnych elementów warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z zapisami siwz, w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wykaz kluczowych osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia wraz z zakresem wykonywanych przez nich czynności, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW. Wraz z wykazem kluczowych osób, które będą wykonywały niniejsze zamówienie wykonawca zobowiązany był do złożenia informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia, w formie życiorysu według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW. Zamawiający nie wskazał z jaką dokładnością należy opisać doświadczenie zawodowe każdego eksperta.

W związku z tym należy uznać, że w załączonych do oferty dokumentach odwołujący wskazał zgodnie z wymaganiami zamawiającego: zakres wykonywanych czynności, informację na temat kwalifikacji, wykształcenia oraz doświadczenia p. A..... O..... M..... Pomimo to zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. W wezwaniu zamawiający nie sprecyzował swoich wątpliwości z przedmiocie spełniania przez p. A..... O..... M..... wymagań wskazanych w siwz. Wezwanie ograniczało się jedynie do wskazania dokumentu jaki należy uzupełnić oraz osób, których uzupełnienie ma dotyczyć. Powody wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołujący poznał dopiero po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 3 sierpnia 2012 r. - uzasadniania wykluczenia. Zgodnie z orzecznictwem KIO, skorzystanie przez zamawiającego z dyspozycji art. 26 ust 3 Pzp wymaga sprecyzowania wątpliwości jakie budziły dokumenty załączone do oferty oraz podstaw uznania warunku za niespełniony (wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.

sygn. akt KIO 755/12, wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2786/11, wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 719/12; KIO 720/12, wyrok KIO z dnia 22 września 2011 r. sygn. akt KIO 1944/11, wyrok KIO z dnia 17 września 2009 r. sygn. akt KIO 1143/09. W związku z tym, nawet gdyby uznać, że z dokumentów i oświadczeń dołączonych do oferty oraz złożonych na wezwanie zamawiającego nie wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający obowiązany był do wskazania jaki element warunku udziału w postępowaniu uznaje za niespełniony oraz określania w wezwaniu do uzupełniania dokumentów jakich informacji oczekuje w celu potwierdzenia spełniania tego dokumentu. W przypadku braku takiego doprecyzowania, zamawiający może ponownie wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów, określając jakie elementy warunku udziału w postępowaniu uznaje za niespełnione.

Konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk – Molewski zgłosiło w dniu 13 sierpnia 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący podniósł, że brak jest podstaw do uznania, że złożone przez odwołującego w ramach uzupełnienia dokumenty podlegają wyjaśnieniu jako budzące wątpliwości. Zdaniem wykonawcy treść uzupełnionych dokumentów nie budzi wątpliwości, jest jednoznaczna jasna i czytelna. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wezwania z dnia 26 lipca 2012 r. przystępujący podniósł, że jest to zarzut bezzasadny i spóźniony. Przystępujący stwierdził, że treść warunku jest jasna i precyzyjna – zamawiający wyraźnie rozróżnił doświadczenie w branży wodno-ściekowej od doświadczenia w branży sanitarnej poprzez użycie wyrażenia „w tym”, co oznacza, że branża sanitarna stanowi zakres węższy niż branża wodno-ściekowa w rozumieniu zamawiającego. Wymagane doświadczenie eksperta nr 4 w branży sanitarnej w ogóle nie zostało wskazane w uzupełnionych dokumentach. Przystępujący powołując się, na opis przedmiotu zamówienia podniósł, że takie rozumienie treści warunku jest uzasadnione i adekwatne do przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że to na wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa obowiązek jednoznacznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 28 maja 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do Technologa branży sanitarnej wymagane było doświadczenie w branży sanitarnej, które nie jest tożsame z doświadczeniem w branży wodno-ściekowej. Odwołujący w ogóle nie wykazał takiego doświadczenia, ponieważ w złożonych dokumentach określił doświadczenie wskazanej osoby jako doświadczenie w branży wodno-ściekowej. Wskazał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek spełniania warunku udziału w postępowaniu, a sam odwołujący nie przyporządkował doświadczenia w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej jako doświadczenia w branży sanitarnej. Zdaniem zamawiającego opis warunku udziału

w postępowaniu nie budzi wątpliwości. Zamawiający stwierdził ponadto, że nie zaistniały przesłanki do wezwania odwołującego do wyjaśnień odnośnie treści uzupełnionych dokumentów, ponieważ odwołujący nie złożył w ogóle oświadczenia w zakresie doświadczenia w branży sanitarnej osoby wskazanej do pełnienia funkcji technologa branży sanitarnej. Wymagane były zatem dodatkowe informacje, które nie mogły podlegać ponownemu uzupełnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący Konsorcjum Budimex – Cadagua wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniających wykonawcę do wniesienia odwołania, zarówno w zakresie interesu w ubieganiu się o zamówienie jak i możliwości poniesienia szkody w wyniku czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie Konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk- Molewski do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1733/12 po stronie zamawiającego, stosownie do art. 185 ust. 2 Pzp.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zamawiający ustalił w przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert na dzień 29 marca 2012 r. Oferty na realizację zadania inwestycyjnego złożyło 5 wykonawców, w tym odwołujący.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonania oceny ich spełniania, w tym m.in. warunku dotyczącego doświadczenia wymaganego od osoby wskazanej do pełnienia funkcji eksperta nr 4 – technologa w branży sanitarnej (rozdział 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4). Zamawiający postawił następujące wymaganie: „Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne musi spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: (...)

- 2) Posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia (...)

- c) Wskaże do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia Kluczowy Personel, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez niego czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami:

Ekspert 4 - Technolog w branży sanitarnej (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie:

- wykształcenie wyższe techniczne,
- doświadczenie w branży wodno-ściekowej, w tym co najmniej 10 lat jako technolog w branży sanitarnej,
- w prowadzeniu rozruchu co najmniej dwóch oczyszczalni ścieków, w tym doświadczenie jako kierownik rozruchu, przy czym co najmniej jedna z oczyszczalni dla co najmniej 130 000 RLM i wartości co najmniej 80 mln PLN,
- posługiwać się językiem polskim lub dysponować na stałe tłumaczem języka polskiego.

Powyższe postanowienia nie były kwestionowane na etapie ogłoszenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy nie zgłaszali również do zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości wymagających wyjaśnienia treści siwz w tym zakresie w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być na etapie oceny ofert kwestionowana przez wykonawców – jest wiążąca zarówno dla wykonawców jak i dla zamawiającego. Odstąpienie od któregośkolwiek z wymagań przez zamawiającego na etapie oceny ofert byłoby równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Dnia 16 maja 2012 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum Budimex - Cadagua.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania, w dniu 24 lipca 2012 r. zamawiający otrzymał informację o wyniku ww. kontroli, w ramach której Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy Konsorcjum Budimex – Cadagua do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie wymaganego doświadczenia na stanowisku technologa w branży sanitarnej oraz eksperta ds. eksploatacji. Kontrolujący zalecił zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Budimex – Cadagua w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. załączników nr 4, 5d i 5e do siwz.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 maja 2012 r. i pismem z dnia 26 lipca 2012 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – poprzez złożenie uzupełnionych załączników nr 4, 5d i 5e do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jako wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, stosownie do przepisu § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, wskazując, że wezwanie dotyczy eksperta nr 4 i eksperta nr 5.

Odwołujący nie kwestionował treści powyższego wezwania w trybie przysługujących wykonawcy środków ochrony prawnej.

W załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyły przy realizacji zamówienia, odwołujący wskazał na stanowisko eksperta nr 4 - p. A..... O..... M..... Pismem z dnia 30 lipca 2012 r. odwołujący uzupełnił załącznik nr 4, 5d i 5e. Odwołujący uzupełnił wykaz osób o informacje dot. szczegółowego przebiegu kariery zawodowej p. A..... O..... M....., ze wskazaniem dat pełnienia określonych funkcji na wszystkich wymienionych w wykazie obiektach. W odniesieniu do tej osoby, w uzupełnionym załączniku nr 4 odwołujący podał, że p. A..... O..... M..... posiada „Doświadczenie zawodowe ogółem 22 lata, w tym jako Technolog w branży wodno-ściekowej 19 lat.” Oświadczył, że ww. osoba „Posiada wymagane doświadczenie w branży wodno-ściekowej, w tym jako technolog w branży sanitarnej więcej niż dwóch oczyszczalni ścieków, w tym jako kierownik rozruchu oczyszczalni Monte Orgegia 240.000 RLM i wartości robót 24.102.759 EUR netto (107.867.077,35 PLN netto).” W załączniku 5d w pkt 5 (lata doświadczenia zawodowego) odwołujący podał „22 (w tym ponad 19 lat jako technolog w branży wodno-ściekowej)”. W pkt 7 ww. formularza odwołujący wskazał 15 inwestycji, na których p. A..... O..... M..... pełnił odpowiednio: funkcje: technologa, kierownika stacji odsalania wody morskiej (5), technologa, kierownika rozruchu stacji odsalania wody morskiej (7), technologa, kierownika rozruchu oczyszczalni ścieków (2), technologa, kierownika oczyszczalni ścieków (1).

W wyniku oceny uzupełnionych dokumentów zamawiający stwierdził, że z nadesłanej przez wykonawcę dokumentacji nie wynika spełnienie wymagań zamawiającego odnośnie eksperta nr 4, gdyż wykonawca nie wykazał ponad 10 letniego doświadczenia w pracy technologa branży sanitarnej. Zdaniem zamawiającego określenie „doświadczenie w branży

wodno-ściekowej” użyte przez odwołującego w wykazie nie jest równoznaczne z „doświadczeniem w pracy technologa w branży sanitarnej”. Zamawiający stwierdził, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy czym wykazanie to powinno być jednoznaczne. Zamawiający uznał, że zakwalifikowanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej jako doświadczenia w branży wodno-ściekowej, a nie sanitarnej, nie pozwala zamawiającemu na uznanie, że wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż w tej sytuacji zamawiający nie powinien badać czy przedstawione doświadczenie w danej Stacji Odsalania Wody Morskiej jest doświadczeniem w branży sanitarnej. Zamawiający stwierdził, że „możliwe, że w pewnych (a może znacznej części) przypadkach tak jest (...)”, jednak wykonawca nie wykazał jednoznacznie takich okoliczności. Zamawiający uznał zatem, że suma okresów doświadczenia osoby przedstawionej na stanowisko eksperta nr 4, jako technologa oczyszczalni ścieków (brak wątpliwości, że spełnia wymaganie odnośnie doświadczenia technologa branży sanitarnej) jest niższa niż 10 lat, a brak określenia przez wykonawcę doświadczenia technologa w ramach Stacji Odsalania Wody Morskiej jako „technologa w branży sanitarnej” nie został uzupełniony.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny oraz uwzględniając złożone do akt sprawy przez przystępującego i odwołującego opinie techniczne:

- opinię ekspercką prof. dr hab. inż. S....., pracownika Politechniki Gdańskiej Wydziału Inżynierii Lądowej i Środowiska „na potrzeby postępowania znak SPZ.271.8.7.2911 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na Wykonanie robót budowlanych i inżynierskich dla Kontraktu – Modernizacja Oczyszczalni Ścieków – Kontrakt nr 1, w ramach projektu: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Piotrkowie Trybunalskim, nr POIS.01.01.00-00-003/07” z sierpnia 2012 r.,
- opinię techniczną z dnia 9 sierpnia 2012 r. dr inż. J..... C..... rzeczoznawcy PZITS, pracownika Politechniki Warszawskiej, Wydziału Inżynierii Środowiska „dotyczącą klasyfikacji działu techniki „odsalania wody morskiej” w zakresie branży sanitarnej”,
- opinię Nr OWA 1/08/2012 z sierpnia 2012 r. mgr inż. B..... N.....a rzeczoznawcy Polskiego Zrzeszenia Inżynierów i Techników Sanitarnych „Kwalifikacja doświadczenia branżowego osoby wskazanej przez zleceniodawcę na stanowisko eksperta nr 4 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Modernizacja oczyszczalni ścieków – kontrakt nr 1 w ramach projektu: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków

w Piotrkowie Trybunalskim”,

Izba zważyła, jak poniżej.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie Konsorcjum Budimex – Cadagua z postępowania.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu, chociaż zamawiający nie podał w specyfikacji definicji pojęcia „branża sanitarna”, to treść warunku opisanego w rozdziale 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4 jednoznacznie określa, że zamawiający przyjął na potrzeby niniejszego postępowania znaczenie pojęcia „branża sanitarna” jako węższe od zakresu pojęcia „branża wodno – ściekowa”. Przesądza o tym jednoznacznie użyte w konstrukcji zdania wyrażenie „w tym”. Zatem zgodnie z treścią warunku „branża sanitarna” stanowi część „branży wodno - ściekowej”. Zauważyć należy, że taki sposób rozumienia tego pojęcia jest również uzasadniony i związany z przedmiotem zamówienia opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp).

W świetle powyższego wykazanie doświadczenia w branży wodno-ściekowej, nawet w okresie dłuższym niż wymagany (w ofercie odwołującego wskazano 19 lat) nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie wymaganego 10-letniego doświadczenia w branży sanitarnej.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interpretacja treści warunku udziału w postępowaniu nie może następować w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Miałoby to niewątpliwie miejsce gdyby przyjąć za słuszną tezę odwołującego, że pojęcie niezdefiniowane w siwz należy interpretować - zgodnie ze zwykłym jego znaczeniem. Ponadto, jak podkreślał sam odwołujący na rozprawie - złożone przez strony w postępowaniu odwoławczym opinie techniczne, w których podjęto próby interpretacji pojęcia „branża sanitarna”, o przeciwnych tezach, potwierdzają niezbicie - istotne problemy z interpretacją pojęcia „branża sanitarna”, które to pojecie nie jest zdefiniowane i nie funkcjonuje w obowiązujących przepisach prawa.

Izba zważyła, że odwołujący również nie był w stanie przyjąć jednoznacznego w tym zakresie, gdyż złożył niespójne wyjaśnienia w odniesieniu do treści uzupełnionych dokumentów. Odwołujący wskazywał w odwołaniu, iż posłużenie w wykazie osób określeniem „branża wodno ściekowa” miało na celu „doprecyzowanie, zawężenie pojęcia

„branży sanitarnej” w celu wykazania, że wskazana w ofercie osoba posiada doświadczenie w branży sanitarnej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia (w zakresie wodno ściekowym, nie np. w zakresie instalacji freonowej). Pojęcie branży wodno ściekowej mieści się bowiem z zakresie pojęcia „branża sanitarna”. W toku rozprawy odwołujący podał natomiast, że w uzupełnionych dokumentach użyto pojęcia „branża wodno-ściekowa” jako tożsamego z pojęciem „branża sanitarna”. Odwołujący wyjaśnił, że pojęcia te były rozumiane przez odwołującego jako tożsame.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że jeśli wykonawca w złożonych dokumentach nie przyporządkował doświadczenia wskazanego Eksperta nr 4 w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej jako doświadczenia „technologa w branży sanitarnej”, a jedynie jako doświadczenie „technologa w branży wodno-ściekowej”, to zamawiający nie jest uprawniony samodzielnie (zastępując wykonawcę) zakwalifikować część lub całość doświadczenia w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej jako doświadczenia w branży sanitarnej (ściekowej), wbrew złożonej przez wykonawcę informacji (sam wykonawca określił to doświadczenie jako doświadczenie w branży wodno-ściekowej). Podkreślić przy tym należy, że oba pojęcia - jak wynika z treści opisu warunku – nie są tożsame - zamawiający wyraźnie rozróżnił te pojęcia, nadając pojęciu „branża sanitarna” znaczenie węższe od pojęcia „branża wodno – ściekowa”.

Dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego nie może mieć znaczenia fakt potwierdzenia w zaświadczeniu złożonym przez odwołującego na rozprawie, że doświadczenie p. A..... O..... M..... w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej jest doświadczeniem technologa w branży sanitarnej – pismo z dnia 22 sierpnia 2012 r. p. R..... J..... E..... - dyrektora robót w ramach projektu „Projekt budowa i konserwacja zakładu odsalania wody morskiej VALDELENTISCO”, w którym w pkt 5 stwierdzono, że pan A..... O..... M..... (Cadagua) był inżynierem odpowiedzialnym za rozruch oraz technologię branży sanitarnej w zakładzie od listopada 2007 do stycznia 2009, w którym to okresie pełnił wspomniane funkcje. Zauważyć należy, że zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów wymaganych w siwz i złożonych przez wykonawców w określonym trybie w postępowaniu przed zamawiającym. Prawdopodobnie czynności zamawiającego może być zatem oceniana wyłącznie w odniesieniu do stanu na tym etapie postępowania i w odniesieniu do przedłożonych zamawiającemu dokumentów – w tym przypadku - dokumentów uzupełnionych przez odwołującego na skutek wezwania. Zaświadczenie złożone na rozprawie nie stanowi dokumentu, który był wymagany w siwz, a ponadto wymagane dokumenty nie mogą zostać ponownie uzupełnione przez odwołującego, gdyż tryb określony w art. 26 ust. 3 Pzp został już w tym przypadku wyczerpany. Z powyższych względów ww.

dokument nie może być uwzględniony, jako potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego.

Fakt, że doświadczenie technologa w zakresie Stacji Odsalania Wody Morskiej w pewnych (a może znacznej części) przypadkach jest doświadczeniem w branży sanitarnej, co stwierdził zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, nie dowodzi, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny spełniania warunku przez odwołującego. Wobec braku oświadczenia wykonawcy w tym zakresie w uzupełnionych dokumentach zamawiający nie mógł uzupełnić tego braku posługując się np. własnym uznaniem, zastępując tym samym oświadczenie wymagane od wykonawcy.

W związku z tym należało uznać, że wykazując 19 letnie doświadczenie w branży wodno – ściekowej, odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu posiadania 10 lat doświadczenia w branży sanitarnej.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Budimex - Cadagua do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 9 pkt. 1.2) lit. c) Ekspert nr 4, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 26 ust 4 Pzp zamawiający wzywa w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Wezwanie do wyjaśnień treści dokumentów jest uzasadnione w sytuacji gdy zachodzą wątpliwości w zakresie treści składanych dokumentów.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, w ocenie Izby dokumenty złożone przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie budziły jakichkolwiek wątpliwości, które mogłyby być rozwiane przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Z treści ww. dokumentów wynikał bowiem brak oświadczenia odwołującego w zakresie doświadczenia w branży sanitarnej posiadanego przez osobę wskazaną na stanowisko technologa w branży sanitarnej. Powyższy brak mógł być usunięty jedynie przez uzupełnienie oświadczenia wykonawcy, co jednak nie było już możliwe na tym etapie postępowania, gdyż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie mogło być powtórzone po raz kolejny.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust 3 Pzp dotyczący braku zasadności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących kwalifikacji, wykształcenia oraz doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko technologa w branży sanitarnej (p. A..... O..... M.....) oraz braku sprecyzowania przez zamawiającego swoich wątpliwości w przedmiocie spełniania przez p. A..... O..... M..... wymagań wskazanych w siwz należało uznać za spóźniony. W ustawowym terminie (zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp) odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanej przez zamawiającego w dniu 26 lipca 2012 r.,

jednak odwołujący nie skorzystał w terminie z tej możliwości.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła odwołanie orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: