

WYROK

z dnia 7 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę: **W.a F., Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F., ul. Kolejowa 1-82, 46-040 Ozimek**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzecze 13B, 03-194 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:

- **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o., ul. Wenedów 15, 61-614 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

1.1. Nakazuje zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzone wezwaniem **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o., ul. Wenedów 15, 61-614 Poznań** do uzupełnienia dokumentów Wykazu robót wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania.

2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., Wenedów 15, 61-614 Poznań,**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W.a F., Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F., ul. Kolejowa 1-82, 46-040 Ozimek,** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od przystępującego: **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o., Wenedów 15, 61-614 Poznań** na rzecz odwołującego: **W.a F., Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F., ul. Kolejowa 1-82, 46-040 Ozimek,** kwotę **23 617,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

2.3. Zasądza od przystępującego: **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o., Wenedów 15, 61-614 Poznań** na rzecz zamawiającego: **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzeczce 13B, 03-194 Warszawa,** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Odbudowa zapory bocznej Jeziora Zegrzyńskiego na odcinku Prut-Pułtusk”, ogłoszonym dnia 23.04.2014 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod pozycją 2011/S 079-138062, w dniu 20 czerwca 2014 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: W.a F. - Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną dnia 13 czerwca 2014 r. o wyborze oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Odwołanie zostało złożone wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, tj.:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
- 2) zaniechania czynności wezwania wykonawców:
 - a) Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o.,
 - b) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A.,
 - c) Konsorcjum firm Usługi Transportowe Budowa Dróg, Roboty Ziemne Z. C. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg A. C.,
 - d) Przedsiębiorstwa Usług Wodnych J. M.,
 - e) STRABAG Sp. z o.o.,
 - f) Konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. i CHM OBRAS E Infraestructuras S.A.,
 - g) Budownictwo Hydro-Energetyka Sp. z o.o.
- na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp i uznania ofert tych wykonawców za odrzucone zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu: Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, ze zm., dalej „ustawa Pzp”), tj.:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wymienionych wyżej siedmiu wykonawców, w tym w szczególności Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznania ofert tych wykonawców za odrzucone
- 3) naruszenie art. 22 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę (Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o.), który nie wykazał w sposób wymagany i określony przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyżej wskazanymi okolicznościami, odwołujący powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia domagał się uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o.,
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 5) wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu i uznania ofert tych wykonawców za odrzucone,
- 6) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ofert odrzuconych i ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych z postępowania, w tym w następstwie realizacji zawartych powyżej wniosków odwołującego.

Odwołujący wnosił również o obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego kwotą wpisu oraz pozostałymi kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zgodnie z treścią opracowanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (SIWZ) kryterium decydującym o wyborze oferty była cena oferty (brutto). Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto w kwocie 16 829 231,72 zł. Oferty z cenami niższymi od zaproponowanej przez odwołującego złożone zostały jedynie przez JAMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku oraz Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., przy czym oferta złożona przez JAMAR Sp. z o.o. została odrzucona przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, siedmiu wymienionych wyżej wykonawców, w tym w szczególności Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu i w SIWZ, zatem winni oni wszyscy zostać przez zamawiającego wezwani do uzupełnienia zaistniałych braków, a w przypadku ich nieuzupełnienia, wykluczeni z postępowania ze skutkiem uznania złożonych przez nich ofert za odrzucone. Zamawiający tego nie uczynił, zaś jego czynności oraz zaniechania w przekonaniu odwołującego naruszają przywołane wyżej przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i spowodowały wybranie do realizacji przedmiotu zamówienia oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ze szkodą dla odwołującego, uniemożliwiając jemu pozyskanie zamówienia publicznego - mimo przedłożenia najkorzystniejszej w obecnym stanie postępowania, prawidłowej i nie podlegającej odrzuceniu oferty.

Odwołujący wyjaśniał, że w pkt. 10 SIWZ, zamawiający zapisał, że przy wyborze oferty stosowane będzie następujące kryterium: Cena oferty (brutto) - waga 100%

Spośród wszystkich ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, niższe ceny brutto w stosunku do oferty odwołującego zawierają tylko oferty złożone przez JAMAR Sp. z o.o. (16.520.948,38 zł) i Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. (15.730.517,90 zł).

W dniu 13.06.2014 r. odwołujący został zawiadomiony przez zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez JAMAR Sp. z o.o. oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o.

Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez JAMAR Sp. z o.o. nie była przez odwołującego kwestionowana, natomiast wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. odwołujący uważał za dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten nie przedłożył wymaganych postanowieniami SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego.

W pkt. 3.1 SIWZ zawarte zostało postanowienie, zgodnie z którym „Zamawiający uzna, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykazą się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont lub/i budowa, lub/i przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej.

Z kolei w pkt. 5.10 i 5.11 SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawcy muszą dołączyć do oferty:

- wykaz robot wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający spełnienie warunku określonego w pkt. 3.1 specyfikacji, (czyli warunku wykonania, co najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont, budowa lub przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej),
- poświadczenie lub inne dokumenty dotyczące, co najmniej 3 pozycji wykazu wymienionego w pkt. 5.10 określające, czy prace wymienione w wykazie zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Takie same postanowienia zawarte zostały w pkt, III.2.3 Ogłoszenia.

Dowód: treść SIWZ i ogłoszenia

Tak określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu uznał odwołujący za jednoznaczne i nie budzące żadnych wątpliwości - w celu wykazania posiadania wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, wykonawca zobowiązany był wykazać się wykonaniem we wskazanym okresie określonej ilości zadań obejmujących remont lub/i budowę, lub/i przebudowę zapór ziemnych (lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, a nie samym tylko wykonaniem we wskazanym okresie określonej ilości przesłon bentonitowo-cementowych.

Odwołujący podkreślał różnicę pomiędzy wykonaniem zadania obejmującego remont, budowę czy przebudowę zapory ziemnej lub obwałowania z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, a wykonaniem samej przesłony bentonitowo-cementowej. Przesłona bentonitowo-cementowa stanowi tylko jeden z elementów zapory lub obwałowania. Stąd też remont, budowa czy przebudowa takiego obiektu obejmuje znacznie szerszy zakres specjalistycznych prac niż wykonanie samej przesłony. Podmiot wykonujący remont, budowę czy przebudowę zapory ziemnej lub obwałowania z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej nie ogranicza się do prac obejmujących tylko przesłonę, lecz wykonuje roboty budowlane dotyczące całego obiektu budowlanego o takiej konstrukcji, że przesłona stanowi jeden z jego elementów. Z kolei podmiot wykonujący remont, budowę lub przebudowę samej przesłony bentonitowo-cementowej na zlecenie innego podmiotu, realizującego całościowo remont, budowę lub przebudowę zapory/obwałowania, ma ograniczony zakres prac, obejmujący wykonanie tylko jednego z elementów takiego obiektu budowlanego, i nie może być uznany za podmiot wykonujący remont, budowę lub przebudowę zapory albo obwałowania stanowiących złożony obiekt budowlany

W ocenie odwołującego - realizacja zadania polegającego na wykonaniu w zaprze lub obwałowaniu przesłony bentonitowo-cementowej nie jest, zatem realizacją zadania polegającego na remoncie, budowie lub przebudowie zapory albo obwałowania z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej. Aby określone prace mogły być traktowane, jako realizacja zadania polegającego na remoncie, budowie lub przebudowie zapory albo obwałowania z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, wymagane jest wykonywanie prac obejmujących cały obiekt w postaci zapory lub obwałowania i nie wystarcza wykonanie prac dotyczących samej przesłony stanowiącej element takiego obiektu.

Odwołujący zwracał uwagę, że w treści SIWZ oraz w ogłoszeniu zamawiający nie przewidział żadnej alternatywy dla sposobu wykazania przez wykonawcę posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, a w szczególności nie zastrzegł, że wystarczającym jest wykazanie się realizacją zadań obejmujących remont, budowę lub przebudowę samej przesłony, że wykazanie się realizacją prac dotyczących samej przesłony będzie traktowane jako równoważne ze spełnieniem zakreślonego przez zamawiającego warunku, albo, że posiadanie wymaganej wiedzy lub doświadczenia może być wykazane w jakikolwiek inny sposób niż wskazany przez zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że powyższych wymagań stawianych wykonawcom w zakresie posiadania oraz wykazania się posiadaniem wiedzy i doświadczenia oczekiwanych przez zamawiającego nie zmieniają postanowienia SIWZ ani przepisy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczące możliwości powołania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków określonych w pkt. 3.1 SIWZ. Oznaczony w pkt. 3.1 SIWZ warunek wykazania wykonania, co najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont, budowa lub przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej musi być spełniony również w przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu - jeżeli nie przez wykonawcę, to przez ten podmiot.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający zobowiązany jest zarówno do wyraźnego i precyzyjnego sformułowania wymagań podmiotowych w stosunku do wszystkich uczestników przetargu i jak i nie ma prawa do takiego działania w ramach oceny ofert, opartego o swobodne jego uznanie, które by zmieniało warunki podmiotowe określone w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Takie poczynania zamawiającego pozostawałoby w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp i godziły w podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych, albowiem prowadziłyby do sytuacji, w której wobec określonego sformułowania wymagań

podmiotowych w specyfikacji, spora liczba potencjalnych wykonawców, nie wiedząc o tym, że zamawiający na etapie badania i oceny ofert wymagania te będzie rozumiał inaczej niż - jak zostały literalnie sformułowane, w ogóle nie bierze udziału w postępowaniu zakładając, że nie spełniają wymaganych i określonych przez zamawiającego warunków podanych w ogłoszeniu.

W tym stanie rzeczy, w celu wykazania wiedzy i doświadczenia w zakresie i w sposób wymagany przez zamawiającego, wykonawca zobowiązany był do:

- przedłożenia wykazu robót i reF.ji potwierdzających, że zrealizował wymaganą przez zamawiającego liczbę zadań obejmujących realizację remontu, budowy czy przebudowy zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, albo,
- wykazania, że będzie dysponował oddanymi mu do dyspozycji niezbędnymi zasobami innego podmiotu, który to podmiot zrealizował wymaganą przez zamawiającego liczbę zadań obejmujących realizację remontu, budowy czy przebudowy zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, oraz przedłożenia zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów wykonawcy wraz z wykazem robót i reF.jami potwierdzającymi, że podmiot udostępniający zasoby zrealizował wymaganą przez zamawiającego liczbę zadań obejmujących realizację remontu, budowy czy przebudowy zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej.

Odwołujący wyjaśniał, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. do złożonej oferty dołączył zobowiązanie firmy Soletanche Polska Sp. z o.o. do oddania temu wykonawcy posiadanych zasobów wiedzy i doświadczenia w charakterze podwykonawcy w zakresie wykonania przeciwfiltracyjnej przesłony bentonitowo-cementowej. W związku z tym zobowiązaniem firmy Soletanche Polska, wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunków określonych w pkt. 3.1 SIWZ dołączył do oferty Wykaz wykonanych robót oraz reF.je dotyczące robót zamieszczonych w wykazie. Wszystkie roboty wymienione w Wykazie i objęte przedstawionymi przez wykonawcę reF.jami dotyczą prac wykonanych przez firmę Soletanche Polska - obejmujących swym zakresem tylko i wyłącznie wykonanie przegród bentonitowo - cementowych na zlecenie i w ramach zadań polegających na modernizacji, rozbudowie, przebudowie obwałowań lub ich zabezpieczeniu czy usuwaniu szkód powodziowych, realizowanych przez firmy Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PEKUM” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Inżynieryjnych Sp. z o.o. oraz Warbud S.A.

Dowód: wykaz robót i reF.je zawarte w ofercie Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o.

Dokumenty przedłożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. w ocenie odwołującego potwierdzają, zatem jedynie to, że firma Soletanche Polska dysponuje wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonywania przegród przeciwnofiltracyjnych bentonitowo- cementowych, i że oddaje posiadaną przez siebie w tym zakresie wiedzę oraz doświadczenie do dyspozycji Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL, zobowiązując się wykonać taką przegrodę w przedmiocie zamówienia w charakterze podwykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL. Wykazanie „wykonania przegród bentonitowo- cementowych” na zlecenie podmiotów realizujących zadania remontu, przebudowy czy modernizacji obwałowań nie jest jednak równoznaczne z wymaganym przez zamawiającego warunkiem wykazania się „wykonaniem zadań polegających na remoncie, budowie lub przebudowie zapór lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo- cementowej”, albowiem przesłona bentonitowo- cementowa stanowi tylko jeden z elementów zapory czy obwałowania, zaś remont, budowa lub przebudowa zapory czy obwałowania, w którym zastosowano taką przesłonę obejmuje, oprócz wykonania samej przesłony, znacznie większy zakres prac wymagających innego oraz szerszego zakresu wiedzy, umiejętności i doświadczenia niż wymagane do wykonania samej przesłony.

Odwołujący przekonywał, że dokumenty dołączone do oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL nie potwierdzają, aby firma Soletanche Polska wykonywała i miała doświadczenie w wykonywaniu innego rodzaju prac niż polegające na wykonaniu samej przesłony (byłoby to zresztą i tak bez znaczenia, skoro zakres zobowiązania tej firmy w zakresie oddania zasobów do dyspozycji Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL ograniczony został tylko do podwykonawstwa w zakresie wykonania przesłony). Z kolei Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL nie tylko nie wykazało wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w zakresie wykonywania robót polegających na realizacji remontu, budowy lub przebudowy zapór lub obwałowań z zastosowaniem przegrody bentonitowo- cementowej, ale nie wykazało jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji prac polegających na remoncie, budowie czy przebudowie jakichkolwiek zapór lub obwałowań. Odwołujący stwierdził, iż w istocie rzeczy w ogóle nie wie, jakiego rodzaju działalność prowadzi i jakiego rodzaju prace ten wykonawca realizował, a prawdopodobnie nie wie tego również zamawiający. W każdym bądź razie kwestionował spełnienie warunku postawionego przez zamawiającego w pkt. 3.1 SIWZ, gdyż nie zostało to wykazane i okoliczności sprawy wskazują, że Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL warunku tego, nawet przy uwzględnieniu okoliczności korzystania z zasobów firmy Soletanche Polska - nie spełnia.

Wykaz robót i reF.je dołączone do oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. potwierdzają jedynie fakt wykonania przez firmę Soletanche Polska pięciu robót polegających na wykonaniu przegrody przeciwnofiltracyjnej, a nie na fakt

wykonania pięciu zadań (robót) obejmujących realizację remontu, budowy czy przebudowy zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej.

Tak samo, reF.je dołączone do oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. potwierdzają jedynie fakt wykonania należycie i w terminie pięciu robót ograniczonych do wykonania przegrody przeciwfiltracyjnej, a nie fakt wykonania należycie i terminowo zadań (robót) obejmujących realizację remontu, budowy czy przebudowy zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej. W ogóle nie wiadomo, czy zadania, w ramach których firma Soletanche Polska wykonywała przegrody przeciwfiltracyjne wskazane w Wykazie i reF.jach dołączonych do oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., zostały wykonane należycie i w terminie - wiadomo tylko tyle, że należycie i w terminie wykonana została sama przegroda.

Powyższe okoliczności uwidaczniają zdaniem odwołującego różnicę pomiędzy wykazaniem wymaganego postanowieniami SIWZ należytego i terminowego wykonania, co najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont, budowa lub przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, a wykazywaniem się przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. należyty i terminowym wykonaniem, co najmniej 3 zadań obejmujących wykonanie samej przesłony bentonitowo-cementowej. Wykonawca, który realizował w pełnym zakresie remont, budowę albo przebudowę zapory lub obwałowania z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej musi wykazać, że nie tylko przesłona, ale całość zadania (wszystkie roboty) zostały przez niego wykonane należycie i terminowo (w takim przypadku fakt należytego i terminowego wykonania samej przesłony nie ma żadnego znaczenia), podczas gdy według praktyki zastosowanej przez zamawiającego - inny wykonawca może w ogóle nie wykonywać jakichkolwiek robót wykraczających poza wykonanie przesłony lub wykonywać te roboty wadliwie albo nieterminowo, zaś wystarczające jest dla niego wykazanie samego faktu należytego oraz terminowego wykonania przesłony i to w dodatku nie przez siebie, tylko przez inny podmiot.

Analogiczne zastrzeżenia dotyczące nie wykazania warunków udziału w postępowaniu odwołujący podnosił w stosunku do ofert złożonych przez firmy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., konsorcjum firm Usługi Transportowe Budowa Dróg, Roboty Ziemne Z. C. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg A. C., firmę Przedsiębiorstwo Usług Wodnych J. M., firmę STRABAG Sp. z o.o., konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. i CHM OBRAS E Infraestructuras S.A. oraz firmę Budownictwo Hydro-Energetyka Sp. z o.o.

Jedyna różnica w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez te firmy, jak zaznaczał odwołujący, sprowadza się do ewentualnie innego podmiotu udostępniającego zasoby danemu wykonawcy, natomiast we wszystkich tych ofertach złożone wykazy wykonanych zadań i przedłożone reF.je dotyczą przez podmiot udostępniający zasoby - wykonania prac obejmujących tylko i wyłącznie wykonanie samej przesłony przeciwfiltracyjnej.

Dowód: wykazy robót i reF.je zawarte w ofertach wymienionych wyżej wykonawców.

Sprzeczne z postanowieniami SIWZ i naruszające przepisy Pzp działania zamawiającego w zakresie badania oraz oceny ofert złożonych przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. i sześciu pozostałych wskazanych wykonawców prowadzi też według odwołującego, do kolejnego paradoksu, gdyż nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której określony podmiot (podmiot A) realizuje kompleksowe zadanie obejmujące np. budowę zapory z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, w ramach którego samą przegrodę przeciwfiltracyjną wykonuje w charakterze podwykonawcy inny podmiot. W takiej sytuacji oczywistym jest, że zadanie polegające na budowie zapory z zastosowaniem przesłony zrealizowane zostało tylko przez jeden podmiot (podmiot A), i że podmiot B wykonujący samą przesłonę nie jest podmiotem realizującym zadanie budowy zapory. Tymczasem według pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem SIWZ wykładni zamawiającego, mamy dwa podmioty realizujące to zadanie i zarówno podmiot A jak i podmiot B wykonujący samą przesłonę są traktowani, jako podmioty, które „zrealizowały zadanie obejmujące budowę zapory z zastosowaniem przegrody bentonitowo-cementowej”, i z których każdy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powstaje zatem pytanie, jak to samo zadanie może zostać zrealizowane przez dwa podmioty nie działające w charakterze uczestników konsorcjum, i na jakiej podstawie podmiot wykonujący tylko jeden z wielu elementów zadania - jest traktowany jako wykonawca zadania na równi z podmiotem odpowiedzialnym za realizację całego zadania. Co więcej, może się okazać, że z powodu niewłaściwego czy nieterminowego wykonania jakiegoś innego niż przesłona elementu zadania, podmiot A nie może posłużyć się reF.jami dotyczącymi tego zadania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie realizacja tego samego zadania może stanowić podstawę do uzyskania przez podmiot B, wykonujący samą przesłonę, reF.ji, które w ocenie zamawiającego potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powyższa sytuacja nie jest zresztą sytuacją czysto teoretyczną, jak zaznaczał odwołujący, albowiem faktycznie zaistniała w określonym zakresie w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do ofert złożonych przez firmy Skanska S.A. i Konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. oraz CHM OBRAS E Infraestructuras S.A. W wykazie robót dołączonym do oferty złożonej przez Skanska S.A. wymienione zostało zadanie „Budowa

zbiornika retencyjnego Kluczborck na rzece Stobrawie w km 61+500", i jednocześnie w wykazie robót dołączonym do oferty złożonej przez Konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. oraz CHM OBRAS E Infraestructuras S.A. wymienione zostało, z dołączeniem reF.ji wystawionych firmie Soletanche Polska przez Skanska S.A. i potwierdzających wykonanie w ramach podwykonawstwa przegrody wodoszczelnej, to samo zadanie pn. „Zbiornik retencyjny Kluczborck na rzece Stobrawie w km 61+500". Okazuje się zatem, że wykonawcą zadania wskazywanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest dla zamawiającego zarówno firma Skanska, jak i firma Soletanche Polska. Ten właśnie przypadek wykazuje wadliwość postępowania zamawiającego

Dowód: str. 58 oferty Skanska S.A. i str. 81 oferty Konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. oraz CHM OBRAS E Infraestructuras S.A.

Wobec treści pkt. 3.1., pkt. 5.10 i 5.11 SIWZ oraz treści Wykazu robot, reF.ji i zobowiązań do oddania zasobów dołączonych do ofert złożonych przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. oraz sześciu pozostałych wymienionych wykonawców, nie budziło żadnych wątpliwości odwołującego, że zamawiający zobowiązany był uznać, że wykonawcy ci nie złożyli wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawców do ich złożenia w wyznaczonym terminie, zaś w przypadku nie złożenia takich dokumentów - wykluczyć wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Przez zaniechanie tych czynności i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., zamawiający naruszył wskazane wyżej przepisy Pzp ze szkodą dla odwołującego, który spełnienie wymaganych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu potwierdził zarówno w zakresie, jak i w sposób wymagany postanowieniami pkt. 3.1, 5.10 i 5.11 SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego miało oczywisty wpływ na wynik postępowania, albowiem skutkowało wybraniem oferty wykonawcy, który nie wykazał w zakresie i w sposób wymagany w ogłoszeniu oraz w SIWZ posiadania wiedzy i doświadczenia warunkującego udział tego wykonawcy w postępowaniu, i który w ogóle nie powinien uczestniczyć w postępowaniu.

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 czerwca 2014 r. przesłane drogą elektroniczną pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom), złożył w dniu 26 czerwca 2014 r. wykonawca wybrany Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, który

powoływał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru jego oferty do realizacji zamówienia, wnosząc o oddalenie odwołania. Jednocześnie argumentował, iż wykonanie przesłony przeciwwfiltracyjnej bentonitowo-cementowej stanowi przebudowę zgodnie z definicją art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.), gdzie przebudowę należy rozumieć jako wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość, bądź liczba kondygnacji.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w sprawie odwoławczej wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie udzielonej dnia 2 lipca 2004 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 4 lipca 2014 r. przystępujący Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. złożył oświadczenie, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało merytorycznemu rozpatrzeniu w oparciu o art. 186 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego.

Izba nie dopuściła dowodów z ofert wykonawców: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., konsorcjum firm Usługi Transportowe Budowa Dróg, Roboty Ziemne Z. C. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg A. C., firmy Przedsiębiorstwo Usług Wodnych J. M., firmy STRABAG Sp. z o.o., konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. i CHM OBRAS E Infraestructuras S.A. oraz firmy Budownictwo Hydro-Energetyka Sp. z o.o., gdyż z braku interesu odwołującego w podnoszeniu zarzutów przeciwko ofertom ww. wykonawców, oznaczonego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie podlegały one rozpatrzeniu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpoznając sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia.

I. Przedmiotem zamówienia jest odbudowa istniejącej zapory bocznej Jeziora Zegrzyńskiego Prut- Pułtusk zlokalizowanej na terenie gmin Pokrzywnica i Pułtusk, powiat Pułtusk, woj. mazowieckie na odcinku od rzeki Prut do miejscowości Pułtusk tj. od km 0+000 do km 9+200.

Zapora będąca przedmiotem zamówienia przebiega, wzdłuż lewego brzegu Narwi na odcinku od ujścia rzeki Prut do mostu drogowego w Pułtusku tj. od km 0-000 do km 9+200. Zapora jest obiektem hydrotechnicznym klasy III.

Celem planowanych robót jest doprowadzenie przedmiotowej zapory do właściwego stanu technicznego, gwarantującego trwale osiągnięcie wymaganego stopnia bezpieczeństwa tego obiektu.

1.1 Zakres zamówienia obejmuje wykonanie m.in.:

- robót przygotowawczych (wykonanie dróg tymczasowych; zdjęcie i zmagazynowanie humusu z frontu robót),
- podwyższenie korony zapory w km od 0+000 do km 8+775: skorygowanie nachylenia skarp, umocnienie korony zapory,
- wykonanie przesłony pionowej przeciwnieprzepuszczalnej w osi korpusu zapory,
- wykonanie zabezpieczeń przeciw bobrowych pod powierzchnią skarpy odwodnej (siatki z ocynkowanego drutu stalowego),
- modernizacja rowu przyzaporowego z zabezpieczeniem skarp siatką przeciw bobrową,
- wykonanie drogi serwisowej od strony skarpy odpowietrznej,
- przebudowa ramp przejazdowych i schodów skarpowych,
- wykonanie i zabudowa konstrukcji stalowych (balustrady, bariera wjazdowa),
- wykonanie i ustawienie tablicy informacyjnej, wymaganej przez NFOŚiGW wg wzoru podanego (...)

3. Ofertę mogą złożyć wykonawcy:

- spełniający warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, (...)

3.1. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Zamawiający uzna, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykażą się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie - co

najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont lub/i budowa, lub/i przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej.

Jeżeli w jednym zadaniu wystąpią 2 obiekty, z których każdy odrębnie spełnia podane wyżej warunki minimalne- to obydwa będą potraktowane, jako odrębne zadania.

Punkt 1.3.2. SIWZ. Zamawiający na podstawie art. 36a ust. 2 ustawy Pzp – zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Przez kluczowe części zamówienia należy rozumieć wykonanie przeciwfiltracyjnej przesłony bentonitowo-cementowej.

1.3.3. Zastrzeżenie, o którym mowa powyżej w pkt 1.3.2. nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i określonych w pkt 3.1. niniejszej specyfikacji.

W dniu 6 maja 2014 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców z dnia 29 kwietnia 2014 r. do postanowień SIWZ o treści: *„Prosimy o odpowiedź na pytanie, czym kierował się Zamawiający zastrzegając warunek osobistego "wykonania przez wykonawcę przesłony przeciwfiltracyjnej bentonitowo-cementowej ?*

Prosimy również o odpowiedź na pytanie czym będzie kierował się Zamawiający, w kontekście zastosowania przepisów Ustawy PZP określonych w pkt. 1.3 SIWZ, podczas oceny złożonych ofert, w szczególności pod kątem zastrzeżenia (pkt. 1.3.2. SIWZ) osobistego wykonania przesłony przez Wykonawcę z jednoczesnym jego anulowaniem (w pkt 1.3.3. SIWZ) ?”

Odpowiedź zamawiającego była następująca. *„Zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odpowiada: Treść pkt. 1.3 SIWZ wynika wprost z art. 36a i 36b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, które - zgodnie z art. 36a ust. 3 ustawy Pzp - nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powołując się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Intencją Zamawiającego jest, aby przesłona przeciwfiltracyjna bentonitowo-cementowa została wykonana przez podmiot mający doświadczenie w tym zakresie. Zastrzeżenie, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, będzie skutkowało, że przesłonę przeciwfiltracyjną będzie wykonywać:*

- Wykonawca składający ofertę, który będzie sam posiadał wymagane doświadczenie (potwierdzi warunek określony w punkcie 3.1 SIWZ) lub

- podmiot, który udostępni Wykonawcy swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie wymaganym w punkcie 3.1 SIWZ i posiadający wymagane doświadczenie. W tym przypadku podmiot, udostępniający swoje zasoby, w czasie realizacji umowy będzie podwykonawcą, który będzie wykonywał przesłonę przeciwfiltracyjną bentonitowo-cementową.

Podczas oceny ofert, Zamawiający będzie brał pod uwagę, czy Wykonawcy składający oferty spełniają samodzielnie warunek określony w punkcie 3.1 SIWZ, czy też ten warunek spełniają podmioty udostępniające swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, które w tym przypadku będą musieli zostać podwykonawcami (art. 36b ust. 1 ustawy Pzp). W trakcie realizacji umowy – w przypadku zmiany podwykonawców, na zasoby których powoływał się Wykonawca - proponowany inny podwykonawca - będzie musiał spełniać warunki określone w punkcie 3.1. SIWZ.”

Punkt 5 SIWZ. Wymagane załączniki do oferty.

Punkt 5.10. Wykaz robót wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający spełnianie warunku określonego w punkcie 3.1 niniejszej specyfikacji. Wykaz powinien zawierać rodzaj robót i miejsca wykonania, daty ich rozpoczęcia i zakończenia z dokładnością do miesiąca, całkowitą wartość wynikającą z faktury końcowej. Zamawiający uwzględni zadania rozpoczęte przed wskazanym okresem pięciu lat, a zakończone w wymaganym okresie.

Punkt 5.11. Poświadczenia lub inne dokumenty dotyczące, co najmniej 3 pozycji wykazu wymienionego w punkcie 5.10, określające, czy prace wymienione w wykazie zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania wymienionych dowodów.

5.12. Jeżeli wykonawca - wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym punktów 5.10 - 5.11 niniejszej specyfikacji, będzie polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy dołączyć dla tych podmiotów:

a) pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia,

b) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 2-1 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

c) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy dokumenty wymienione w punktach 5.3 - 5.8 niniejszej specyfikacji.

Analogiczne postanowienia zawiera ogłoszenie o zamówieniu.

Wzoru formularza Wykazu robót zamawiający nie podał.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 30 maja 2014 r.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena oferty.

Protokół postępowania podaje, że do wyznaczonego terminu oferty złożyło 22 wykonawców.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy JARMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, o cenie brutto 16 520 948,38 zł. Na tę czynność nie zostało wniesione odwołanie.

Nie uwzględniając oferty odrzuconej, oferta odwołującego z ceną 16 829 231,72 zł brutto zajmowała drugą pozycję - po ofercie przystępującego Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. z ceną brutto 15 730 517,90 zł. Pozostali wykonawcy oferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za ceny wyższe, niż oferta odwołującego.

Przystępujący - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. w swojej ofercie na stronach 17-18 przedstawił Wykaz robót wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, (...) potwierdzający spełnianie warunku określonego w punkcie 3.1 SIWZ, w którym ujął 5 pozycji. W kolumnie rodzaj robót podał, że były to roboty wykonania przegród przeciwfiltracyjnych (z oznaczeniem metody), wykonywane w ramach określonych zadań inwestycyjnych usuwania szkód powodziowych, przebudowy/rozbudowy/zabezpieczenia/modernizacji wałów przeciwpowodziowych.

Potencjał ten został przystępującemu w całości udostępniony przez firmę Soletanche Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie zobowiązania tego podmiotu z dnia 13 maja 2014 r. zamieszczonego na stronie 24 oferty przystępującego.

Zamieszczone na stronach od 19 do 23 oferty przystępującego reF.je wystawione przez zlecających, potwierdzają jedynie wykonanie robót w odniesieniu do zadań ujętych w wykazie przystępującego przez firmę Soletanche Polska Sp. z o.o., tj. w zakresie przegród przeciwfiltracyjnych.

W dniu 13 czerwca 2014 r. zamawiający powiadomił wykonawców za pośrednictwem faksu i elektronicznie, że wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. z ceną brutto 15 730 517,90 zł.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w zakresie, w jakim podnosił zarzuty wobec oferty przystępującego wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o., który poprzedzał odwołującego w ocenie ofert. Skoro odwołujący dowodził, że wybór tej oferty nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, gdyż została ona złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu - odwołujący wykazywał tym samym naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w następstwie ustalonego przez zamawiającego wyniku tego przetargu.

Odwołujący natomiast nie wykazał naruszenia swego interesu w zakwalifikowaniu do etapu oceny ofert pozostałych kwestionowanych przez siebie wykonawców, tj.: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., konsorcjum firm Usługi Transportowe Budowa Dróg, Roboty Ziemne Z. C. i Przedsiębiorstwa Budowy Dróg A. C., firmy Przedsiębiorstwo Usług Wodnych J. M., firmy STRABAG Sp. z o.o., konsorcjum firm PLESMAR Sp. z o.o. i CHM OBRAS E Infraestructuras S.A. oraz firmy Budownictwo Hydro-Energetyka Sp. z o.o., gdyż ze względu na drugą w kolejności najkorzystniejszą cenę złożonej oferty - co po ewentualnym wyeliminowaniu wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. - gwarantowałoby jej wybór, interes zarówno prawny jak i faktyczny odwołującego sprowadzał się do utrzymania pozycji własnej oferty. Z tych też przyczyn zarzuty wobec innych wykonawców niż przystępujący, nie podlegały rozpatrzeniu ani uwzględnieniu.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania wobec oferty przystępującego, Izba miała na uwadze, sposób w jaki zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i w SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków.

W zakresie wiedzy i doświadczenia w oparciu o art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie - co najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont lub/i budowa, lub/i przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej.

Warunek ów był związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak nakazuje art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - skoro przedmiotem zamówienia jest zasadniczo odbudowa istniejącej zapory bocznej Jeziora Zegrzyńskiego Prut-Pułtusk, zlokalizowanej na terenie gmin Pokrzywnica i Pułtusk, to w skład zamówień reF.yjnych

powinny wchodzić kluczowe elementy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, opisane jako:

- podwyższenie korony zapory/obwałowania z korygowaniem nachylenia skarp, umocnieniem korony zapory, obwałowania, z odtworzeniem warstwy humusu,
- wykonanie przesłony pionowej przeciwfiltracyjnej w osi korpusu zapory,
- wykonanie zabezpieczeń przeciw bobrowych,
- modernizację rowów przyzaporowych/ przywałowych.

Stosownie do dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Z treści opisanego warunku: wykonania co najmniej 3 zadań, w ramach których realizowany był remont lub/i budowa, lub/i przebudowa zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej, zdaniem Izby wynika wniosek, że zamówienia reF.yjne musiały obejmować oprócz samej przesłony przeciwfiltracyjnej, przynajmniej zasadnicze roboty przy podwyższaniu korony zapory/obwałowania z korygowaniem nachylenia skarp, umocnieniem korony zapory, obwałowania z odtworzeniem gruntu pod zieleń.

Można postawić tezę, że zakres robót do wykonania przy odbudowie tej zapory jeziora Zegrzyńskiego przewiduje zmianę parametrów nie tylko użytkowych, ale również charakterystycznych parametrów technicznych, np. kubatury/wysokości, a więc nie wpisuje się w definicję przebudowy w przywoływanym art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.), lecz zgodnie z nazwą tego zamówienia stanowi odbudowę obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 6 tej ustawy i mieści się w pojęciu „budowy obiektu”. Zamawiający był uprawniony, aby rozszerzyć warunek o „przebudowę obiektu” jednakże rozumienie warunku nie mogło się ograniczać do samej przesłony przeciwfiltracyjnej.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że w oparciu o przekazany wykonawcom przedmiar, przynajmniej w ofercie przystępującego koszt wszystkich robót związanych z wykonaniem przesłony pionowej przeciwfiltracyjnej wynosił około 50% całości robót. Pozostały koszt przypadał na pozyskanie piasku na przebudowę zapory, ukształtowanie tej zapory, stabilizację gruntu (zagęszczenie), ukształtowanie, wzmocnienie skarp, odtworzenie warstwy humusu, zabezpieczenia, drogi i pozostałe roboty wymienione w dokumentacji technicznej.

Niewątpliwie zamawiający wymagał, aby w skład robot reF.yjnych wchodziło wykonanie prac związanych z wykonaniem przegród przeciwfiltracyjnych obwałowań w podanej technologii, jako istnego elementu przedmiotowego zamówienia. Lecz wykonanie samych przesłon przeciwfiltracyjnych bentonitowo-cementowych, w świetle opisanego przez zamawiającego warunku - nie było wystarczające do wykazania wymaganej wiedzy i doświadczenia, aby można było powierzyć przystępującemu wykonanie przedmiotowego zamówienia bez ryzyka, że wykonawca nie podoła jego należytej realizacji.

Wykonawca wybrany - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. wykazując spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, w całości posłużyło się potencjałem udostępnionym przez firmę Soletanche Polska Sp. z o.o., która jak stwierdzają przedłożone reF.je - sama ma doświadczenie jedynie w zakresie wykonywania przegród przeciwfiltracyjnych, realizowanych w ramach inwestycji w zakresie zabezpieczeń przeciwpowodziowych, prowadzonych przez podmioty trzecie.

Wszystkie roboty wymienione w Wykazie i objęte przedstawionymi przez wykonawcę INMEL Sp. z o.o. reF.jami, dotyczą prac wykonanych przez firmę Soletanche Polska Sp. z o.o. i obejmują swym zakresem tylko i wyłącznie wykonanie przegród bentonitowo - cementowych na zlecenie i w ramach szerszych zadań polegających na modernizacji, rozbudowie, przebudowie obwałowań lub ich zabezpieczeniu czy usuwaniu szkód powodziowych, realizowanych przez firmy: Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PEKUM” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Inżynieryjnych Sp. z o.o. oraz Warbud S.A.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że skoro firma Soletanche Polska nie wykonywała i nie miała doświadczenia w wykonywaniu innego rodzaju prac, niż polegające wyłącznie na wykonaniu samej przesłony (zakres oddania zasobów do dyspozycji Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL ograniczony został tylko do podwykonawstwa w odniesieniu do wykonania przesłony bentonitowo-cementowej), to nie mogła udostępnić przystępującemu doświadczenia w zakresie modernizacji, rozbudowy, przebudowy zapór/obwałowań, którego sama nie posiadała – rozumiejąc przez to inne konieczne zasadnicze prace przy odbudowie istniejącej zapory bocznej Jeziora Zegrzyńskiego Prut-Pułtusk. Wymagane było wykonywanie prac obejmujących cały obiekt w postaci zapory ziemnej lub obwałowania i nie wystarczało wykazanie się pracami dotyczącymi samej przesłony, stanowiącej jedynie element takiego obiektu.

Z kolei przystępujący - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. nie tylko nie wykazało wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w zakresie wykonywania robót polegających na realizacji remontu, budowy lub przebudowy zapór lub obwałowań z

zastosowaniem przegrody bentonitowo-cementowej, ale nie wykazało doświadczenia własnego w realizacji prac polegających na remoncie, budowie czy przebudowie jakichkolwiek zapór lub obwałowań.

Nie zaprzeczając argumentom przystępującego, że wbudowanie samej przesłony bentonitowo-cementowej mogłoby stanowić przebudową w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.), Izba nie przychyliła się do stanowiska przystępującego, że wykazanie się jedynie wykonaniem przesłon bentonitowo-cementowych przeciwfiltracyjnych było wystarczające wobec brzmienia rozpatrywanego warunku, który jednoznacznie odnosił się do odbudowy zapory, i dotyczył zadań polegających na remoncie, budowie lub przebudowie zapór ziemnych lub obwałowań z zastosowaniem przesłony bentonitowo-cementowej. Niewątpliwie przesłona bentonitowo-cementowa stanowi tylko jeden z elementów zapory czy obwałowania, zaś remont, budowa lub przebudowa zapory czy obwałowania, w którym zastosowano taką przesłonę obejmuje, oprócz wykonania samej przesłony, znacznie większy zakres prac wymagających innego oraz szerszego zakresu wiedzy, umiejętności i doświadczenia, niż wymagane do wykonania samej przesłony.

W tych okolicznościach wybór oferty przystępującego Przedsiębiorstwa Inżynierskiego INMEL Sp. z o.o. naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał w sposób wyznaczony i określony przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Powyższe narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp) Za ugruntowany należy też uznać pogląd, iż warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia powinien być oceniany w oparciu o wcześniej zrealizowane zamówienia, które nie mają być tożsame z przedmiotem zamówienia, lecz zbliżone do niego pod względem zakresu i charakteru (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 stycznia 2014 r., KIO 2862/13). W kontekście opisu podstawowych elementów przedmiotu zamówienia należy, zatem interpretować treść warunku udziału w postępowaniu i sposobu oceny jego spełnienia.

Nie było, więc możliwe ograniczenie wykazania się robotami reF.yjnymi jedynie w zakresie samych przegród przeciwfiltracyjnych, z zupełnym pominięciem prac przy obwałowaniach, w których te przesłony są wbudowywane, nawet gdy stanowią one ważny element odbudowy zapory bocznej Jeziora Zegrzyńskiego.

Zamawiający na równi z wykonawcami jest związany warunkami uczestnictwa w przetargu, które ustanowił i podał do wiadomości publicznej i nie może od nich czynić żadnych odstępstw na etapie oceny ofert. Ocena ta nie może być arbitralna - musi odpowiadać warunkom podanym w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednakże wykluczenie wykonawcy z postępowania i następnie odrzucenie oferty (uznanie za odrzuconą) - z tej przyczyny - niewykazania spełnienia warunków uczestnictwa w przetargu, może mieć miejsce wyłącznie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia wadliwych (niepełnych) dokumentów - zgodnie z art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert.

W pierwszej kolejności zamawiający naruszył, więc art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Okoliczność bezsporną stanowiło, że takie wezwanie nie miało miejsca.

Nakazanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego INMEL Sp. z o.o. z postępowania byłoby przedwczesne wobec niewyczerpania obligatoryjnej procedury przewidzianej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na ustalony wynik przetargu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Przystępujący - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. złożył sprzeciw wobec czynności zamawiającego uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, kosztami postępowania odwoławczego należało, więc obciążyć przystępującego.

Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz zasądziła od przystępującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów wynagrodzenia

pełnomocnika na podstawie § 3 i 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba stosownie do postanowień § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia władana jest zasądzić wnioskowane koszty na rzecz strony w oparciu o rachunki przedłożone do akt sprawy. Wniosek o zasądzenie zwrotu kosztów przejazdu samochodem osobowym na rzecz odwołującego w oparciu o rozliczenie tzw. „kilometrówki” - nie podlegał uwzględnieniu.

Przewodniczący:

.....