

Sygn. akt KIO/UZP 1519/08

Sygn. akt KIO/UZP 23/09

WYROK
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez: **Konsorcjum SAFAGE S.A. (lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MT z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre we Francji, adres do korespondencji: ul. Solec 22, 00-410 Warszawa;**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Raszyn, ul. Szkolna 2a, 05-090 Raszyn** protestów z dnia 8 i 23 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. uwzględni odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Raszyn, ul. Szkolna 2a, 05-090 Raszyn** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **Konsorcjum SAFAGE S.A. (lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MT z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Parc de 1 îlle, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre we Francji, adres do korespondencji: ul. Solec 22, 00-410 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 774 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy), przez **Gminę Raszyn, ul. Szkolna 2a, 05-090 Raszyn** na rzecz **Konsorcjum SAFAGE S.A. (lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MT z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Parc de 1 îlle, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre we Francji, adres do korespondencji: ul. Solec 22, 00-410 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym XXX;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum SAFAGE S.A. (lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MT z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Parc de 1 îlle, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre we Francji, adres do korespondencji: ul. Solec 22, 00-410 Warszawa**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie projektów budowlano - wykonawczych sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami w miejscowościach położonych na terenie Gminy Raszyn”, którego dotyczą odwołania wniesione przez Konsorcjum SAFAGE S.A. (lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MT z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Nanterre we Francji (dalej: „SAFAGE” lub „Odwołujący”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 30 sierpnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 168 - 225920). Postępowanie to prowadzi Gmina Raszyn, zwana dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Podstawą dwóch złożonych przez Konsorcjum SAFAGE odwołań są czynności Zamawiającego polegające na:

1. wezwaniu tego Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia; czynność podjętą w dniu 5 grudnia 2008 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 1519/08) oraz
2. odrzuceniu oferty Konsorcjum SAFAGE i unieważnieniu postępowania; czynności podjęte w dniu 16 grudnia 2008 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy (odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 23/09).

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed podjęciem zaskarżonych przez Odwołującego czynności, na skutek odwołania złożonego przez aktualnie odwołujące się Konsorcjum SAFAGE, w dniu 27 listopada 2008 r. został wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO/UZP 1289/08). Wyrokiem tym KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Tym samym Izba uwzględniła podniesione w odwołaniu zarzuty, dotyczące nie przedłożenia przez firmę, której oferta została uznana pierwotnie przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, tj. firmę Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji Komunalnych „INKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. W uzasadnieniu tego wyroku Izba stwierdziła, że przedłożone przez tę firmę dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiarygodności finansowej (żądana polisa) i doświadczenia (wykaz usług) podlegają wezwaniu do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający, wskazując na przywołany wyrok KIO, pismem z dnia 5 grudnia 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) wezwał również Odwołującego do uzupełnienia w terminie do dnia 8 grudnia godz. 16.00 wykazu min. 2 robót wykonanych w ciągu ostatnich 2 lat przed upływem terminu składania ofert o wartości min. 1 000 000 zł netto każde, popartych stosownymi dokumentami, potwierdzającymi, że wykonane prace zostały z należytą starannością.

W piśmie tym jednocześnie Zamawiający uzasadnił podstawę skierowania takiego wezwania, argumentując to tym, że wskazane w wykazie wykonanych usług załączonym do oferty SAFAGE dwie prace, dotyczące uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Świerzawa oraz opracowania dokumentacji projektowej dla rozbudowy oczyszczalni ścieków dla aglomeracji Castelroussine, budowie kolektorów sanitarnych w mieście Chateauroux, budowie kolektorów dosyłowych DN 1800 i DN 2000 do oczyszczalni ścieków, nie spełniają warunku postawionego przez Zamawiającego

w pkt 8.2 SIWZ. Zamawiający wskazał, że pierwsze z wykazywanych zadań o wartości 1 013 000 zł dotyczyło: aktualizacji map do celów projektowych, wykonania badań geotechnicznych gruntu, opracowania projektów budowlanych sieci wodociągowych i sieci kanalizacyjnych oraz wykonania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. Wartość wykazywanego zadania – w jego ocenie – należy pomniejszyć o kwotę związaną z ceną wykonania aktualizacji map do celów projektowych, wykonania badań geotechnicznych gruntu oraz ceną wykonania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. Co do drugiego wykazywanego przez Odwołującego doświadczenia Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia, podkreślając jedynie, że żadna z wykazywanych usług nie spełnia warunku opisanego w SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z takim stanowiskiem Zamawiającego i w piśmie z dnia 8 grudnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył do Zamawiającego protest dotyczący czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów, związanych z wykazywanym doświadczeniem. Wskazany protest poprzedziło pismo Odwołującego, skierowane do Zamawiającego w dacie 5 grudnia 2008 r., w którym to Odwołujący wyjaśniał Zamawiającemu brak podstaw do wezwania go do uzupełnienia żądanych dokumentów. Odwołujący podniósł, że obie wykazywane usługi spełniają warunek opisany przez Zamawiającego i wskazał, że wyrok KIO, na który powołuje się Zamawiający, dotyczył referencji firmy INKOM i nie odnosił się w żadnej mierze do oferty Odwołującego.

W samej treści protestu Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy, poprzez dokonanie czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w terminie uniemożliwiającym skuteczne jego dochowanie przez Odwołującego. Ponadto Odwołujący w treści protestu zaskarżył czynność Zamawiającego, polegającą na zmianie warunków udziału w postępowaniu, ujawnioną oprostowanym wezwaniem i prowadzącą do nieważności postępowania, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy.

Podnosząc przywołane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) uchylenie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 3) uchylenie czynności zmiany warunków udziału w postępowaniu;
- 4) ewentualnie, z ostrożności procesowej, o wydłużenie terminu określonego w wezwaniu umożliwiającego jego wykonanie.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na iluzoryczny i niemożliwy do dotrzymania przez Odwołującego termin na uzupełnienie dokumentów, określony przez Zamawiającego w jego wezwaniu. Wezwanie to bowiem zostało przesłane Odwołującemu na jego nr faksu w dniu 5 grudnia 2008 r. o godzinie 16.00, a po tym dniu z uwagi na dwa dni

wolne od pracy (sobota i niedziela) Odwołujący z pismem tym mógł faktycznie zapoznać się dopiero w dniu 8 grudnia 2008 r., którego to dnia miał tylko kilka godzin na uzupełnienie dokumentu.

Podniósł również, że przywoływany przez Zamawiającego wyrok KIO nie jest w posiadaniu Odwołującego.

W proteście wskazano również, że poprzez odmienne od zapisów SIWZ rozumienie warunku doświadczenia Zamawiający dopuścił się zmiany tego warunku, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy.

Zamawiający, rozpatrując protest Odwołującego, w piśmie z dnia 12 grudnia 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) w części uznał go za zasadny. Powyższe uwzględnienie protestu dotyczyło wskazania zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, choć Zamawiający podniósł, że ustawa nie wskazuje konkretnego terminu na dokonanie tej czynności. Tym samym Zamawiający przedłużył ten termin do dnia 16 grudnia do godz. 12.00. Co do pozostałych podnoszonych zarzutów Zamawiający protest oddalił, wskazując, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest zastosowaniem się do wyroku KIO, a nie zmianą warunków udziału w postępowaniu.

Od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum SAFAGE złożyło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (odwołanie oznaczone sygn. akt: KIO/UZP 1519/08). Odwołanie to zawarte w piśmie z dnia 22 grudnia 2008 r. w tej samej dacie zostało nadane w urzędzie pocztowym operatora publicznego do Prezesa UZP. Kopia odwołania została przekazana w tej samej dacie Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący wskazał, że podtrzymuje i ponawia zarzuty podniesione w proteście, dotyczące wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających doświadczenie Odwołującego, wymagane postanowieniami SIWZ, gdyż zaskarżona czynność świadczy także o uznaniu przez Zamawiającego, że dotychczas złożone oświadczenia i dokumenty, doświadczenia takiego nie potwierdzają.

W treści odwołania SAFAGE wniosło o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów i następujących po niej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia postępowania;
- 3) nakazanie dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W treści uzasadnienia odwołania konsorcjum SAFAGE podtrzymało zasadniczo argumentację z protestu, nie odnosząc się do kwestii związanych ze zbyt krótkim terminem

na uzupełnienie dokumentów, które były podstawą częściowego uwzględnienia protestu przez Zamawiającego. Tak więc w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący doświadczenia. Co do pierwszej wykazywanej usługi (na rzecz Gminy Świerzawa) Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw do pomniejszenia wykazywanej wartości usługi, bowiem kwestionowana aktualizacja map do celów projektowych wraz z badaniami geotechnicznymi stanowiły integralną część dokumentacji projektowej i tak samo, jak w przypadku niniejszego zamówienia, jest to niemożliwa do pominięcia część tego zamówienia. Odwołujący nie widzi również podstaw do pomniejszania kwoty wykazywanego zamówienia o cenę wykonania sieci wodociagowych i kanalizacyjnych bowiem z wystawionych w tym projekcie referencji jasno wynika, że PW MT (firma wchodząca w skład Konsorcjum SAFAGE) wykonało projekty kanalizacji sanitarnych z przyłączami, wszystkie zaś wymienione elementy referencji stanowią części składowe kompleksowej dokumentacji projektowej w zakresie budownictwa sanitarnego. Odwołujący jednocześnie złożył też oświadczenie, że wartość wykonanej usługi w tym zamówieniu – która polegała na opracowaniu projektów budowlano – wykonawczych kanalizacji sanitarnej, opiewa na kwotę 1 013 000 zł.

Co do drugiej wykazywanej usługi (na rzecz oczyszczalni ścieków w Chateauroux) Odwołujący stwierdził, że z wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynikało, w jakim zakresie oświadczenie Odwołującego (wykaz wykonanych usług) oraz przedłożone referencje nie spełniają wymogu określonego w pkt 8.2 SIWZ, tym bardziej, że wykazywane zamówienie jest o wartości 2 800 000 zł.

Odwołujący zatem stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania przedłożonych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono również, że Zamawiający dokonał zmiany przywołanego warunku udziału w postępowaniu, poprzez wskazanie w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, że wymagane doświadczenie ma dotyczyć okresu 2 lat, a nie 3, o których mowa w postanowieniach SIWZ.

Drugie z rozpatrywanych przez Izbę odwołań dotyczy czynności Zamawiającego podjętej w wyniku braku uzupełnienia przez SAFAGE żądanych przez Zamawiającego dokumentów (odwołanie oznaczone sygn. akt: KIO/UZP 23/09). Czynność ta polegała na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i została podjęta w dniu 16 grudnia 2008 r. (pismo w tej samej dacie zostało doręczone Odwołującemu). Zamawiający w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r. poinformował Odwołującego o tym, że jego oferta została odrzucona bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ i wskazał, że

Odwołujący wezwany do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z orzeczeniem KIO, nie dokonał tej czynności .

Jednocześnie też w piśmie z tej samej daty (doręczenie Odwołującemu również w tej dacie) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, z uwagi na to, że w postępowaniu nie wpłynęła żadna ważna oferta, bowiem w wyniku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów żadna ze złożonych ofert nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, opisanych w SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z takim postępowaniem Zamawiającego i w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r. (w tej samej dacie wpływ pisma do Zamawiającego) złożył protest. W proteście zostały podniesione następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego przy braku podstaw faktycznych i prawnych;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie przy braku podstaw faktycznych i prawnych;
- 3) zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ustawy.

Podnosząc przywołane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) uchylenie czynności odrzucenia oferty i czynności unieważnienia postępowania,
- 3) dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że czynność odrzucenia jego oferty i przywołana podstawa prawna nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym. Wykazywał ponownie – jak w proteście z dnia 8 grudnia 2008 r.- że wskazywane przez niego usługi spełniają wymagania Zamawiającego, tym samym wykonawca spełnia również warunek doświadczenia, opisany przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie formułował w odniesieniu do oferty SAFAGE żadnych zarzutów, dotyczących niezgodności jego oferty z treścią SIWZ.

Wskazał również, że w związku z powyższym podstawa do unieważnienia postępowania, przywołana przez Zamawiającego, jest niepoprawna, bowiem w tym przypadku oferta Odwołującego jest ważna i prawidłowa w związku z czym jest przynajmniej jedna ważna oferta, w stosunku do której można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił również, że kwestionowane czynności Zamawiającego są co najmniej przedwczesne, bowiem nie dokonano jeszcze ostatecznego rozstrzygnięcia protestu związanego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający nie rozstrzygnął formalnie złożonego protestu w związku z czym Odwołujący w piśmie z dnia 8 stycznia 2009 r., złożonym bezpośrednio w siedzibie Urzędu Zamówień Publicznych w tej samej dacie, złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania została w tej samej dacie przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu zostały podtrzymane zarzuty, argumentacja z treści protestu.

Co do żądań Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności unieważnienia postępowania
- 3) Nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego wraz z dokonanym na wezwanie Zamawiającego uzupełnieniem oraz treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 grudnia 2008 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestów w niniejszej sprawie w dniu 8 i 23 grudnia 2008 r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny obowiązujący po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnosząc się do zarzutów merytorycznych podniesionych w obydwu rozpatrywanych przez Izbę odwołaniach skład orzekający Izby uznał, że zasługują one na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że Zamawiający w postanowieniach pkt 8.2 SIWZ opisał wymagany w postępowaniu warunek doświadczenia. Wedle tych postanowień wykonawcy mieli wykazać, iż: „w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed terminem złożenia ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, zrealizowali (własnymi siłami) z należytą starannością min. 2 (dwa) zadania analogiczne, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie analogiczne Zamawiający rozumie wykonanie projektów budowlano – wykonawczych kanalizacji sanitarnej o wartości nie mniejszej niż 1 mln PLN (bez podatku VAT) (każde poparte dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane z należytą starannością) - /zał. nr 7/”

Jednocześnie Zamawiający, określając wzór przywołanego załącznika nr 7 – „Wykaz wykonanych usług” - w kolumnie 3 tego wykazu doprecyzował przywoływany warunek poprzez wskazanie: „Przedmiot zamówienia (w tym min. 2 (dwie) usługi /rozpoczęte i zakończone/, polegające na wykonaniu kompleksowych dokumentacji projektowych w zakresie budownictwa sanitarnego / wodociągowego o wartości min. 1 mln zł netto każde”.

Odwołujący na str. 81-83 dołączył do swojej oferty wykaz wykonanych usług zawierający dwie pozycje:

1. uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej na terenie Gminy Świerzawa – aktualizacja map do celów projektowych, badania geotechniczne gruntu, opracowanie projektów budowlanych sieci wodociągowych i sieci kanalizacyjnych o łącznej długości ok. 62 km o wykazywanej wartości 1 013 000,00 zł
2. 1) opracowanie dokumentacji projektowej dla: rozbudowy oczyszczalni ścieków dla aglomeracji Castelroussine (117,6 tys. mkw) w Chateauroux w celu zwiększenia jej wydajności (...); 2) budowy kolektorów sanitarnych w mieście Chateauroux (58,1 tys. mk) (...) o łącznej dł. ok. 27,4 km; 3) budowy kolektorów dosyłowych (...) do oczyszczalni o łącznej dł. ok. 3,9 km o wartości dla projektu budowlano wykonawczego 715 000 euro.

Jednocześnie przy drugiej wykazywanej usłudze Odwołujący uszczegółowił, co wchodziło w zakres tego zadania: „Zakres wsparcia technicznego:

- Projekt wstępny – koncepcja;
 - Projekt budowlano – wykonawczy;
 - Pomoc techniczna przy realizacji robót;
 - Nadzór budowlany;
 - Odbiory i nadzór w okresie gwarancji;
- oraz następujące zadania dodatkowe:

- *Wydawanie poleceń, kierownictwo ogólne i koordynacja.*
- *Przygotowanie operatu i uzyskanie pozwolenia wodno – prawnego oraz pozwolenia na budowę.”*

Do oferty dołączone zostały referencje dotyczące pierwszej z wykazywanych usług. Dokument potwierdzający należyte wykonanie drugiej z wymienionych usług (również referencje) został przedłożony Zamawiającemu na skutek jego wezwania do uzupełnienia dokumentów (pismo Zamawiającego z dnia 14 października 2008 r.).

Zamawiający uznając, że żadna z wymienionych usług nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1289/08) wezwał Odwołującego do przedłożenia wykazu wykonanych usług. Odwołujący przywołanego wezwania nie wypełnił, co stało się w efekcie podstawą do złożenia rozpatrywanych przez Izbę odwołań.

Skład orzekający Izby, opierając się przede wszystkim na dowodach z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustalił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 grudnia 2008 r., skierowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, było bezprawne. Stosownie do przywołanego przepisu, w brzmieniu obowiązującym sprzed przywołanej wcześniej nowelizacji przepisów ustawy i - na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej - mającym zastosowanie w niniejszym postępowaniu, zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów, jeżeli dokumenty te w ogóle nie zostały złożone, bądź zostały złożone, ale zawierają błędy. W wykładni przywołanego przepisu powszechnie przyjęto się, że za błąd w dokumencie należy uznać sytuację, w której przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, którego dotyczą rozpatrywane odwołania, żadna z wymienionych sytuacji w odniesieniu do oferty Odwołującego na analizowanym etapie postępowania (w dniu 5 grudnia 2008 r.) nie miała miejsca.

Po pierwsze stwierdzić z całą stanowczością należy, że przywołany powyżej wyrok KIO, na który powołuje się Zamawiający nie nakazywał Zamawiającemu wprost wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących doświadczenia wykazywanego przez Odwołującego. Z treści uzasadnienia tego orzeczenia wynika, że powyższa czynność miała dotyczyć oferty Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji Komunalnych INKOM Sp. z o.o. Niewątpliwie w trakcie nakazanej przez Izbę powtórnej czynności badania i oceny ofert, mając na względzie zasadę równego traktowania wykonawców, należało uwzględnić wszystkie okoliczności w sprawie, w tym również tę, czy podobna sytuacja związana

z brakiem dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie dotyczy innych złożonych w tym postępowaniu ofert.

Po analizie dokumentów przedłożonych na potwierdzenie wymaganego w postępowaniu doświadczenia, które zostały złożone wraz z ofertą i uzupełnione w wyniku pierwotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 października 2008 r., skład orzekający Izby stwierdził, że dokumenty te w wystarczający sposób, tj. wymagany przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, potwierdzają spełnianie wskazanego warunku udziału.

Odwołujący wykazał się bowiem realizacją dwóch projektów budowlano wykonawczych kanalizacji sanitarnej (jak w pkt 8. 2 SIWZ), czy też kompleksowych dokumentacji projektowych w zakresie budownictwa sanitarnego / wodociągowego – każdy o wartości min. 1 mln zł netto (jak załącznik nr 7 do SIWZ).

Pierwsza z wykazywanych usług zrealizowana została – wbrew twierdzeniom Zamawiającego, jak wprost wynika z treści referencji – na wartość 1 013 000 zł netto, bez wartości wykonywanych również w ramach tego zadania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. Twierdzenie Zamawiającego, zresztą cofnięte w toku rozprawy, że z przywołanej wartości należy odliczyć wykonanie wskazanych robót budowlanych (wykonanie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych) nie znajduje żadnego oparcia w świetle przedłożonych w ofercie dokumentów. W treści wystawionych referencji zostało bowiem wprost wskazane, że w przywołanej wartości nie mieści się wykonawstwo robót.

Skład orzekający Izby nie zgodził się również z twierdzeniem Zamawiającego, że w ramach ocenianego warunku udziału w postępowaniu nie mogą mieścić się takie czynności, jak: aktualizacja mapy do celów projektowych i badania geotechniczne gruntu i że wartość tych prac należy odliczyć z przywoływanej w referencjach wartości, za którą zrealizowano zadanie. Przywołane prace nie stanowią odrębnego przedmiotu zamówienia i trudno byłoby je oddzielić przedmiotowo od realizowanego zadania, tj. przygotowania projektów sieci kanalizacji sanitarnej. Są one nieodłącznie związane z realizacją zamówienia, które również stanowi przedmiot niniejszego zamówienia publicznego. W zakres czynności związanych z przygotowaniem dokumentacji projektowej mogą również wchodzić – jak Odwołujący wykazał w toku rozprawy, a Zamawiającemu temu nie zaprzeczył – czynności związane z aktualizacją map, czy badaniami gruntu, mające znaczenie dla właściwego zaprojektowania konkretnych robót budowlanych, a następnie ich wykonania.

W treści postawionego warunku doświadczenia Zamawiający wymagał analogicznego doświadczenia do przedmiotu zamówienia. Powyższego nie należy identyfikować jako doświadczenia tożsamego, bo takie rozumienie warunku udziału doprowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający wymagałby od wykonawców doświadczenia w realizacji zamówienia identycznego, co do wszystkich jego elementów.

Przy realizacji robót budowlanych, a także usłudze przygotowania dokumentacji projektowej służącej realizacji takich robót jest to wręcz niemożliwe i prowadzioby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Co do drugiej wykazywanej usługi, skład orzekający Izby również stwierdził, że wypełnia ona warunek postawiony przez Zamawiającego. Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia dokumentu z dnia 5 grudnia 2008 r. w żaden sposób nie uzasadnił jego zasadności, stwierdzając jedynie, że także to zadanie nie spełnia wymogów SIWZ. Dopiero w toku rozprawy Zamawiający wskazał, że zadanie to, polegające na przygotowaniu dokumentacji projektowej dla rozbudowy oczyszczalni ścieków i budowy kolektorów sanitarnych, czy dosyłowych, nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu; zadanie to nie polegało bowiem na opracowaniu dokumentacji na budowę sieci, a wyłącznie obiektów kubaturowych.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do tej argumentacji stwierdził, że Zamawiający w stawianym warunku udziału w postępowaniu nigdzie nie posłużył się określeniem: „*siec*” - ani w pkt 8.2, ani też w załączniku nr 7 do SIWZ przy opisie warunku doświadczenia nie ma tego odniesienia, choć faktycznie przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest opracowanie dokumentacji projektowej sieci kanalizacji sanitarnej. Skoro jednak Zamawiający w opisie warunku udziału nie zastrzegł takiego wymogu nie może tego czynić, w sposób rodzący negatywne skutki dla wykonawców, na etapie oceny ofert. Zamawiający posługiwał się w opisie warunku określeniem: „*projekt budowlano – wykonawczy kanalizacji sanitarnych*”. W zakresie pojęcia kanalizacji sanitarnej mieszczą się zarówno sieci, które są systemem rur, jak i kolektory, czy inne elementy, takie jak np. koryta służące do odprowadzania ścieków sanitarnych. Wykonawca legitymujący się doświadczeniem przy opracowaniu dokumentacji projektowej związanej z budową kolektorów, czy też oczyszczalni ścieków, niewątpliwie posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Jeśli Zamawiający miał w tym zakresie jakieś wątpliwości mógł co najwyżej sformułować zapytanie do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów, precyzując ewentualnie swoje wątpliwości, co na obecnym etapie postępowania wydaje się być już zbędne. Nieusprawiedliwione zaś – w ocenie składu orzekającego Izby – było wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał za zasadne zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu o sygn. akt: KIO/UZP 1519/08 i poprzedzone protestem, związane z naruszeniem art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ustawy.

Co do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu w drodze skierowanego wezwania do uzupełnienia dokumentów, skład orzekający Izby uznał ten zarzut za niezasadny. Podstawą takiego stanowiska Izby było oświadczenie pełnomocnika Zamawiającego złożone w trakcie rozprawy, iż w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 grudnia 2008 r. popełniono oczywistą omyłkę pisarską poprzez zamianę okresu 3 lat na 2 lata, w którym wykonawcy mieli wykazać się wymaganym doświadczeniem. Wyjaśnienie Zamawiającego wydaje się wystarczające, czemu nie oponował w toku rozprawy Odwołujący, bowiem Zamawiający w żaden inny sposób nie artykułował w toku postępowania zmiany w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu i - jak oświadczył - nie było to jego celem, tak więc ocena tego błędu, mającego charakter techniczny, nasuwa się samoistnie wypełnia więc walor oczywistości.

Konsekwencją uwzględnienia pierwszego z rozpatrywanych odwołań (KIO/UZP 1519/08) jest również uwzględnienie drugiego (KIO/UZP/23/09), bowiem konsekwencją czynności bezprawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów była czynność odrzucenia oferty Odwołującego i w efekcie unieważnienie postępowania. Tym samym potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, a w efekcie również naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy).

Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Niezależnie od tego, że – jak ustalono powyżej – Odwołujący wypełnił postawiony w SIWZ warunek doświadczenia, wskazana podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego jest nieprawidłowa. Zamawiający co najwyżej mógł wskazać jako konsekwencję wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (podstawa prawna - art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy) odrzucenie jego oferty w związku z art. 24 ust. 4 ustawy. Niemniej jednak również ta podstawa prawna odrzucenia oferty, wobec poczynionych ustaleń, nie znajduje swojego uzasadnienia. Tym samym również brak było podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, bowiem w dalszym ciągu w postępowaniu pozostaje jedna ważna oferta.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że skład orzekający Izby, rozpatrując odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 23/09, nie podzielił argumentacji Odwołującego, iż czynności Zamawiającego odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania były przedwczesne z uwagi na brak ostatecznego rozpatrzenia protestu, dotyczącego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Przepisy ustawy nie przewidują w postępowaniu instytucji zawieszenia tego postępowania w przypadku wniesienia protestu. Zamawiający więc, pamiętając o zakazie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu

ostatecznego rozstrzygnięcia złożonego protestu, może podejmować wszystkie inne czynności w postępowaniu, czyniąc to na własne ryzyko. Stosownie do treści art. 183 ust. 5 ustawy, zamawiający ma obowiązek powstrzymać się z wykonaniem wyłącznie czynności związanych z uwzględnieniem protestu, jeśli nie uwzględnił wszystkich zgłoszonych w toku tego postępowania żądań. Taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca, zatem Zamawiający mógł formalnie podjąć czynność odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, choć merytorycznie czynności te należało ocenić negatywnie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji, działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 191 ust. 1a ustawy, uznając jednocześnie, że stwierdzone przez Izbę naruszenie bezpodstawnego wezwania do uzupełniania dokumentów i w efekcie odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania przez Zamawiającego miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie unieważniono.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości przewidzianej w przepisach przywołanego rozporządzenia dla każdej z dwóch rozpatrywanych spraw odwoławczych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....