

**WYROK**  
**z dnia 3 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2014 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: MTM Budownictwo Sp. z o.o., Zakład Usługowy ELMI M..... G....., ul. Przemysłowa 27A, 33-100 Tarnów, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miejski Zakład Komunalny w Polanicy-Zdroju Sp. z o.o., ul. Spacerowa 2, 57-320 Polanica-Zdrój,

przy udziale **Wykonawcy** - Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy "GRAJAN" J..... G....., Sierniki 1, 64-610 Rogoźno, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Miejski Zakład Komunalny w Polanicy-Zdroju Sp. z o.o., ul. Spacerowa 2, 57-320 Polanica-Zdrój i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: MTM Budownictwo Sp. z o.o., Zakład Usługowy ELMI M..... G....., ul. Przemysłowa 27A, 33-100 Tarnów tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Miejski Zakład Komunalny w Polanicy-Zdroju Sp. z o.o., ul. Spacerowa 2, 57-320 Polanica-Zdrój na rzecz **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: MTM Budownictwo Sp. z o.o., Zakład Usługowy ELMI M..... G....., ul. Przemysłowa 27A, 33-100 Tarnów kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejski Zakład Komunalny w Polanicy-Zdroju Sp. z o.o., ul. Spacerowa 2; 57-320 Polanica-Zdrój prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *„Wykonanie roboty budowlanej polegającej na budowie instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych przy oczyszczalni ścieków w Szalejowie Górnym oraz dostawie urządzeń na wyposażenie instalacji z podziałem na zadania. Zadanie realizowane w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007 - 2013 współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.”*

Zamawiający dnia 11 lutego 2014 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 14 lutego 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MTM Budownictwo Sp. z o.o., Zakład Usługowy ELMI M..... G....., ul. Przemysłowa 27A, 33-100 Tarnów (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że nie zaistniały przesłanki określone w tym przepisie, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem oferty odwołującego i wyborem oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, dokonanie powtórnego oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymogom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych do wniesienia niniejszego odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy "GRAJAN" J..... G....., Sierniki 1, 64-610 Rogoźno.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający jako przesłankę odrzucenia oferty odwołującego wskazał rzekomy brak udokumentowania referencji w zakresie wiedzy i doświadczenia dla zadania 4 wymaganych treścią s.i.w.z.

Zamawiający w s.i.w.z. - dział III Instrukcji dla Wykonawcy, rozdział 2, podrozdział pkt.2.2, pkt 1 - wymagał wykazania wiedzy i doświadczenia polegającej na wykonaniu w ostatnich 5 latach minimum 1 (jednego) zadania odpowiadającego swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. konstrukcje żelbetowe, sieci, drogi i place wraz z podaniem rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty, zgodny z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone.

Odwołujący w celu spełnienia powyższego warunku skorzystał z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp polegając na wiedzy i doświadczeniu firmy Compostino Sp. z o.o., która zrealizowała

zadanie pn. „Zaprojektowanie (bez części budowlanej), dostawa, montaż i uruchomienie instalacji do prowadzenia procesu technologicznego dynamicznego kompostowania odpadów ulegających biodegradacji wraz z przeszkoleniem pracowników Zamawiającego w obsłudze i konserwacji instalacji oraz dostarczeniem technologii i dedykowanej licencji na oprogramowanie”. Użyczący swoje zasoby wykonawca wykonał wykazane zadanie w konsorcjum firm w skład którego wchodziły P.P.H. „WAMACO” Sp. z o.o., P.W. „PROPER” Sp. z o.o. Odwołujący dołączył do złożonej oferty list referencyjny potwierdzający, że roboty zrealizowane w ramach wykazanej inwestycji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej oraz prawidłowo ukończone, co potwierdza treść załączonych referencji.

Na wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 6 lutego 2014 r.) odwołujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 6 lutego 2014 r.), do których załączył uszczegółowiony list referencyjny precyzujący w sposób jednoznaczny zakres robót budowlanych wykonanych przez konsorcjum w ramach realizacji wykazanej inwestycji. Dokumenty złożone w ramach wyjaśnień potwierdzają spełnienie wymogu postawionego przez zamawiającego ponieważ wykazana inwestycja odpowiada swoim rodzajem (kompostownia) i wartością (8 118 000,00 złotych brutto) znacznie przekraczając wartość przedmiotu zamówienia, jak również wykonaniem robót budowlanych.

Wykazane prace obejmowały wykonanie: robót budowlanych obejmujących: wykonanie zamkniętych bioreaktorów żelbetowych, maszynowni, biofiltra o konstrukcji żelbetowej, placu manewrowego (drogi wewnętrzne), hali o konstrukcji stalowej nad bioreaktorami i roboty instalacyjne obejmujące: instalację napowietrzania złoża kompostowego, instalację nawadniania złoża, instalację odprowadzania odcieków technologicznych i sanitarnych, instalację elektryczną zasilania i sterowania systemu (szósty akapit listu referencyjnego), maszynownią (piąty akapit listu referencyjnego).

Odwołujący podniósł, że zapis w nazwie zadania „bez części budowlanej” odnosi się jedynie do wykonania projektu technologicznego i wynikał z faktu posiadania przez Inwestora (KOM-EKO S.A.) projektu budowlanego na podstawie, którego konsorcjum wykonało roboty zgodne z załączonym listem referencyjnym.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie może twierdzić, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z., tj. dział III Instrukcji dla wykonawcy, rozdział 2, podrozdział pkt.2.2, pkt 1 w zakresie wymogu wykazania wiedzy i doświadczenia polegającej na wykonaniu w ostatnich 5 latach minimum 1 (jednego) zadania odpowiadającego swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Odwołujący bowiem załączył wymagane referencje, których treść potwierdza posiadanie wiedzy i doświadczenia wymaganego treścią s.i.w.z., a wyłącznie brak referencji potwierdzających wiedzę i doświadczenie mógłby stanowić samodzielną podstawę do odrzucenia oferty odwołującego

na wskazywanej przez zamawiającego podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polega na podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty pomimo nie zaistnienia przesłanki prawnej i faktycznej określonej tym przepisem. Powyższe uchybienie skutkuje jednoczesnym naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, albowiem z powodu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego zamawiający dokonał wyboru oferty, która jest ofertą droższą od oferty odwołującego o kwotę 110 244,90 złotych. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polega natomiast na dokonaniu oceny oferty odwołującego w sposób tendencyjny bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i w oparciu o sposób oceny ofert nieprzewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem zamawiającego odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia referencji (wezwanie Zamawiającego z dnia 6 lutego 2014 r.) przedkładając uzupełnione i rozbudowane referencje winien również przedłożyć nowy załącznik numer 4 doświadczenie zawodowe, w którym odwołujący powinien wykazać swoje doświadczenie w budowaniu określonych instalacji. Z wykazu załączonego do oferty takiej informacji zamawiający nie mógł powziąć. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że próbował skontaktować się z firmą wystawiającą referencje jednakże brak było takiej możliwości, tj. kontaktu z osobami decyzyjnymi, które mogłyby poświadczyć jaki był zakres wykonywanych robót.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w pełni popiera stanowisko prezentowane przez odwołującego, dodatkowo argumentując, jak następuje.

Na wstępie Izba wskazuje, na wadliwe zakwalifikowanie przez zamawiającego podstaw prawnych, przy ocenie oferty odwołującego. Izba przypomina zamawiającemu, że niespełnienie warunków udziału w postępowaniu nie kwalifikuje do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z przepisami art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, może co najwyżej stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. A z całą mocą należy podkreślić, że oceniana przez zamawiającego wiedza i doświadczenie stanowi warunek podmiotowy, dotyczący wykonawcy, a nie merytoryczną treść oferty – przedmiot zamówienia. Już chociażby z tejże przyczyny czynność zamawiającego uznać należy za wadliwą.

Niemniej odnosząc się do istoty problemu stwierdzić należało, że zamawiający błędnie ocenił ofertę odwołującego w zakresie posiadanego doświadczenia. Na uwagę zasługuje

bowiem fakt, iż zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2014 roku zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie referencji w zakresie informacji czy opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu został przez wykonawcę spełniony w pełnym zakresie. Odwołujący odpowiadając na tak zadane żądanie, pismem z dnia 6 lutego 2014 roku, przesłał zamawiającemu uszczegółowione referencje (z dnia 27 grudnia 2012 roku), które w ocenie Izby w pełni potwierdzają zakres faktycznie wykonywanych robót, adekwatny do opisanego przez zamawiającego warunku. Za niezasadne Izba uznała stanowisko zamawiającego, który wskazywał, że zarówno w wykazie (załącznik Nr 4 do oferty – Doświadczenie zawodowe) jak i w samych referencjach (złożonych pierwotnie z ofertą i tych uzupełnionych) widnieje sformułowanie, cyt.: „Zaprojektowanie (bez części budowlanej)...”, które definitywnie dyskwalifikuje odwołującego z posiadanego doświadczenia. Izba stwierdziła, że powyższe sformułowanie pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sprawy, gdyż określa ono jedynie, że w referencyjnym projekcie były wykonywane czynności projektowe ale nie dotyczyły one części budowlanej. Podkreślić należy, że przedmiot niniejszego zamówienia takich czynności również nie przewiduje, gdyż zamawiający posiada już projekt budowlany w oparciu, o który będzie realizowane zamówienie. Zamawiający nie postawił również takiego wymogu opisując warunek wiedzy i doświadczenia.

Reasumując o ile można było uznać za słuszną czynność zamawiającego, który nie mając pewności, co do zakresu wykonywanego referencyjnego doświadczenia wykazywanego przez odwołującego, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zakres zgodny z opisanym warunkiem, to za całkowicie bezzasadną należało uznać czynność zamawiającego w zakresie oceny uzupełnionych referencji. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie dopuszcza swobodnej oceny niepopartej żadnymi dowodami. Izba zwraca również uwagę, że sam tytuł/nazwa zadania nie musi odzwierciedlać czynności faktycznie wykonywanych, gdyż liczy się zakres robót, które były wykonywane przy realizacji konkretnego, referencyjnego przedsięwzięcia. A zakres tych czynności został wykazany stosownymi dokumentami. Tym samym brak było podstaw do uznania, że w ramach uzupełniania referencji odwołujący miał obowiązek przedłożenia nowego wykazu doświadczenia (zał. Nr 4), gdyż po pierwsze zamawiający nie wzywał do uzupełnienia takiego wykazu, a po drugie uzupełniony wykaz nie zawierałby innych informacji niż te, które już zostały przedstawione.

W ocenie Izby odwołujący wykazał się stosownym doświadczeniem, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu skorygowanie błędnie dokonanych czynności w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczona jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....