

Sygn. akt: KIO/UZP 1328 /09

WYROK

z dnia 29 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Emil Kuriata
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., 83-110 Tczew, ul. Rokicka16** protestu z dnia 17 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjno-Projektowych "INWESTOR" Sp. z o.o. i Biuro Obsługi Inwestycji "Inwest-Wybrzeże" Sp. z o.o. 83-110 Tczew, ul. Armii Krajowej 20** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjno-Projektowych "INWESTOR" Sp. z o.o. i Biuro Obsługi Inwestycji "Inwest-Wybrzeże" Sp. z o.o. w Tczewie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Spółka z o.o., 83-110 Tczew, ul. Rokicka16** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 882 zł 12 gr** (słownie: osiem tysięcy osiemset osiemdziesiąt dwa złote dwanaście groszy) przez **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Spółka z o.o., 83-110 Tczew, ul. Rokicka16** na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Spółka z o.o. w Tczewie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu Przedsięwzięcia: "Budowa nowej kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne przy ulicy Rokickiej w Tczewie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2009 r. nr 2009/5 105-152328.

Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2009 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjno-Projektowych "INWESTOR" Sp. z o.o. i Biuro Obsługi Inwestycji "Inwest-Wybrzeże" Sp. z o.o. zwane dalej „Konsorcjum INWESTOR”.

Wobec tej czynności wniósł protest wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji wg oceny ofert dokonanej przez zamawiającego - Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum INWESTOR i uznania jego oferty za odrzuconą oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp. Wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenie z postępowania Konsorcjum INWESTOR i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- 4) odrzucenie oferty Konsorcjum INWESTOR
- 5) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Podniósł w proteście, iż Konsorcjum INWESTOR nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 9 ust. 1 pkt 2 ppkt d specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który dotyczy doświadczenia wykonawcy w zakresie zrealizowania zamówienia na usługę, której przedmiotem było zarządzanie projektem w charakterze inżyniera kontraktu dla minimum jednej zakończonej inwestycji "sektora środowisko" (gospodarka odpadami i/lub gospodarka wodno-ściekowa), o wartości robót, co najmniej 4.000.000 PLN. W wykazie wykonanych usług wykonawca przedstawił cztery zadania, które nie potwierdzają spełnienia ww. warunku. Zadania nr 1 i nr 2 wskazane w wykazie dotyczą nadzoru nad inwestycją drogową, finansowaną ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego - Sektorowego Programu Operacyjnego Transport, a zadania nr 3 i 4 - nadzoru nad budową i przebudową obiektów kubaturowych. Dołączone do oferty referencje potwierdzają, że żadna z powyższych usług nie jest inwestycją „sektora środowisko”. Stwierdził, że złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że sieć kanalizacji deszczowej wykonana w ramach inwestycji drogowej "Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni - Etap II" potwierdza jego doświadczenie w wykonaniu usługi inżyniera kontraktu dla inwestycji gospodarki wodno-ściekowej, jest nadużyciem ze strony wykonawcy. Projekt nr SPOT/1.2.3/7104 "Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni - Etap II" został zrealizowany w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport, Działanie 1.2 Poprawa infrastruktury dostępu do portów morskich, jednego z programów operacyjnych

służących realizacji Narodowego Planu Rozwoju/Podstaw Wsparcia Wspólnoty (NPRICSF) na lata 2004-2006, który wraz z częścią transportową strategii dla wykorzystania Funduszu Spójności, rozwija cele PWW, określając kierunki, priorytety, działania i wysokość środków przeznaczonych na rozwój sfery transportu i gospodarki morskiej. Podał, że definicja projektów sektora transport jest dostępna m.in. na stronach internetowych. Potwierdza ją także opis ww. inwestycji drogowej zawarty na stronie internetowej zamawiającego oraz referencje załączone do oferty. Wybrane roboty związane z siecią odprowadzenia wód deszczowych zrealizowane w ramach wykonania układu drogowego ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni wraz z niezbędną kanalizacją deszczową nie stanowią potwierdzenia zrealizowania inwestycji z zakresu gospodarki wodno-ściekowej. Zgodnie z definicją działań gospodarki wodno-ściekowej „(...) w zakresie gospodarki wodno-ściekowej wspierane będą głównie przedsięwzięcia zmierzające do zapewnienia skutecznych i efektywnych systemów zbierania i oczyszczania ścieków komunalnych. Projekty te dotyczyć będą także wyeliminowania ze ścieków niektórych substancji niebezpiecznych bezpośrednio zagrażających życiu i zdrowiu ludzi, dotrzymania bezpiecznych wskaźników emisyjnych w odniesieniu do pozostałych substancji zagrażającym ekosystemom wodnym. W przypadku realizacji kompleksowych projektów, istnieje możliwość włączenia w projekt zadań dotyczących zaopatrzenia w wodę oraz budowy kanalizacji deszczowej, pod warunkiem przyczyniania się do realizacji dyrektywy 91/271/EWG. Nie przewiduje się natomiast współfinansowania indywidualnych projektów dotyczących zaopatrzenia w wodę lub budowy kanalizacji deszczowej.”

Odwołujący podniósł także, że Konsorcjum INWESTOR nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 9 ust. 1 pkt 2 ppkt c siwz, dotyczącego dysponowania osobą Specjalisty Kluczowego nr I Menedżer Projektu – Rezydent, który winien wykazać doświadczenie w zarządzaniu budową w charakterze: kierownika (menedżera) zespołu Inżyniera Kontraktu i/lub kierownika budowy dla minimum jednej zakończonej inwestycji "sektora środowisko" (gospodarka odpadami i/lub gospodarka wodno-ściekowa) realizowanej zgodnie z warunkami kontraktowymi" FIDIC lub równoważnymi, o wartości robót, co najmniej 4.000.000 PLN. Konsorcjum INWESTOR wskazało Pana Kazimierza K. na to stanowisko, przy czym jako potwierdzenie jednej zakończonej inwestycji "sektora środowisko" przedstawiono wykonanie części robót towarzyszących opisanej wyżej inwestycji drogowej. Z treści złożonego załącznika wynika, że Pan Kazimierz K. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu dla projektu "Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni -Etap II" faza 1, co oznacza jedynie częściową realizację tego projektu, wyłącznie w zakresie robót drogowych. Złożenie przez Konsorcjum INWESTOR oświadczenia, że sieć kanalizacji deszczowej wykonana w ramach inwestycji drogowej "Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni Etap II" potwierdza jego doświadczenie

w inwestycjach gospodarki wodno-ściekowej, miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający nie weryfikował prawdziwości informacji zawartych w oświadczeniu. Wykonawca samodzielnie zakwalifikował kolektor deszczowy i sieć kanalizacji deszczowej do gospodarki wodno - ściekowej, a wartość tych robót oszacował na kwotę 4, 85 mln PLN, podczas gdy roboty te były tylko częścią inwestycji drogowej. Świadczy to o złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż wskazane dokumenty stanowią część oferty, a skoro ich treść nie odpowiada warunkom postawionym w siwz, to zgodnie z art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji.

Przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INWESTOR i odrzucenia jego oferty oraz przez przyjęcie oświadczenia wykonawcy w zakresie jego doświadczenia przy realizacji projektów „sektora środowisko” związanych z gospodarką wodno-ściekową, bez należytego badania zawartych w nim informacji, zamawiający nie zachował zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dokonanie wyboru oferty Konsorcjum INWESTOR stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp

Do postępowania wszczętego w wyniku protestu przystąpiło Konsorcjum INWESTOR wnosząc o „odrzucenie” protestu..

Protest został oddalony. Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne. Stwierdził, że zapis w pkt 9 ppkt .I lit d siwz jest jednoznaczny i wskazuje, że wykonawca winien wykazać wykonanie zadania w "sektorze środowisko", który zdefiniowany jest jako gospodarka odpadami lub gospodarka wodno-ściekowa. Podkreślił, że nie zdefiniował „sektora środowisko” przez przywołanie Sektorowych Programów Operacyjnych (SPO), co podnosi odwołujący, a co w żadnym razie nie wynika z siwz. Wyjaśnił, iż bez względu na typ projektu czy instytucjonalne kwalifikacje priorytetów i działań w programach rozwojowych, każdy projekt o charakterze inwestycyjnym wymaga wypełniania uwarunkowań polityk horyzontalnych, w tym zasad ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. W szczególności inwestycje zaliczane do grupy pogarszających lub mogących pogorszyć stan środowiska naturalnego, a takimi są projekty transportowe, posiadają w swoim zakresie znaczące działania związane bezpośrednio z ochroną środowiska, w tym zbieranie i oczyszczenie wód opadowych i odprowadzanie ich do otwartych akwenów wodnych.

Odnosnie zarzutu, że zbieranie i odprowadzanie wód opadowych nie jest elementem gospodarki wodno-ściekowej oraz zadania z zakresu sektor środowisko nie było samodzielnym zadaniem, zamawiający wskazał, iż zgodnie z ustawą Prawo Wodne z dnia 18 lipca 2001 r. (Dz.U. Nr 115 poz.1229) i definicją pojęcia „ścieki” tylko wody deszczowe (które są skanalizowane traktowane są, jako ścieki. a więc kolektor deszczowy i sieć kanalizacji deszczowej) należy zakwalifikować do zakresu gospodarki wodno-ściekowej.

Ponadto, zamawiający stwierdził, że nie wprowadził wymogu w siwz, aby zadanie z zakresu „sektor środowisko” było realizowane jako zadanie samodzielne. Elementy kontraktu, które dotyczą "sektora środowisko" (np. gospodarki wodno-ściekowej) są realizowane pod rygorem tych samych przepisów prawnych i działań formalnych, niezależnie od tego, czy są elementem większego kontraktu, czy też stanowią przedmiot indywidualnego kontraktu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego doświadczenia zawodowego p. Kazimierza K. wskazał, że należy go rozpatrywać łącznie z odpowiedzią na zarzut dotyczący doświadczenia Konsorcjum. Pan Kazimierz K. pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu dla Projektu Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni etap II, będąc pracownikiem BOI "Inwest-Wybrzeże" Sp. z o.o. W ocenie zamawiającego spełnia on wymogi postępowania, gdyż jak wynika z dokumentacji ww. kontrakt realizował w całości. Dotyczy to również zadania polegającego na budowie 827 m kolektora deszczowego wraz z piaskownikami, osadnikami, separatorami i wylotami do rzek oraz basenu portowego.

Wobec powyższego, treść wybranej oferty odpowiada warunkom siwz - brak jest podstaw do jej odrzucenia. Zatem oferta najkorzystniejsza wybrana została zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, w tym z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Podtrzymał wszystkie zarzuty i twierdzenia zawarte w proteście. Wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw z art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym wykluczenia z postępowania Konsorcjum INWESTOR i uznania jego oferty za odrzuconą oraz odrzucenie tej oferty i zasądzenie kosztów postępowania. Podniósł dodatkowo, iż wykonanie prac polegających na budowie kanalizacji w trakcie realizacji inwestycji "Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni -Etap II" nie oznacza, iż można zakwalifikować przedmiotową usługę jako inwestycję wykonywaną w ramach sektora środowisko. Zamawiający nie wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia definicji pojęcia "sektor środowisko", jednak wskazał, iż chodzi o gospodarkę odpadami i/lub gospodarkę wodno - ściekową. Sposób zapisania ww. warunku jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotem wymaganego doświadczenia nie było wykonywanie usług Inżyniera Kontraktu w odniesieniu do jakichkolwiek robót, które zawierały w sobie element kanalizacji lub sieci wodociągowej, lecz o takie inwestycje, którym można przypisać sektorowy charakter. Zwrot "sektor środowisko" został użyty w siwz w odniesieniu do inwestycji, a nie jedynie do robót, które były wykonywane w ramach inwestycji. Tylko usługi Inżyniera Kontraktu wykonywane na

przedsięwzięciach inwestycyjnych, które w same w sobie (w swej istocie) stanowią inwestycje w sektorze środowisko mogą być uznawane za zgodne z wymaganiami siwz.

Przedmiot postępowania dotyczy przedsięwzięcia polegającego na budowie nowej kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, które stanowi modelowy wręcz przykład inwestycji w zakresie sektora środowisko. Jego istotą jest stworzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów (proces wskazany w załączniku do ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 z późn. zm). Realizacja tego typu inwestycji odbywa się w szczególnych uwarunkowaniach prawnych, przewidujących zaostrożony zakres kontroli nadzoru budowlanego i organów ochrony środowisko przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie. Kwatera składowiska odpadów jest, w świetle ustawy o odpadach, traktowana w analogiczny sposób jak samo składowisko, a składowisko jest instalacją służącą ochronie środowiska. Wykonywanie usługi Inżyniera Kontraktu na takim zamierzeniu inwestycyjnym wymaga podwyższonego zakresu należytej staranności od wykonawcy. Nie jest to typowy nadzór instytucjonalny lecz specjalistyczna usługa wymagająca szczególnego zaangażowania i doświadczenia. Odwołujący wskazał na przepisy (art. 76) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 z późno zm.), z których wynika, iż w przypadku instalacji z zakresu ochrony środowiska, inwestora odciążają zdecydowanie dalej idące obowiązki, niż w przypadku innych zamierzeń inwestycyjnych. Stwierdził, że powyższa argumentacja odnosi się także do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego specjalisty Kluczowego nr I - Rezydenta.

Konsorcjum INWESTOR przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO uznała, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznałby uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania gdyż nie spełnia

warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący uzyskał drugą punktację wg kryterium - najniższa cena, zatem uwzględnienie odwołania daje odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako warunek udziału w postępowaniu w Rozdziale 9 ust. 1 pkt 2 ppkt d.1 zamawiający ustanowił wymóg, aby wykonawcy wykazali wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, minimum jednego zamówienia na usługę, której przedmiotem było zarządzanie projektem w charakterze inżyniera kontraktu dla minimum jednej zakończonej inwestycji "sektora środowisko" (gospodarka odpadami i/lub gospodarka wodno-ściekowa), o wartości robót, co najmniej 4.000.000 PLN"

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług, z podaniem ich rodzaju oraz daty i miejsca wykonania, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.

W załączniku nr 7 "Wykaz wykonanych usług" Konsorcjum INWESTOR wykazało następujące usługi:

1. Inżynier Projektu - Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni -Etap II (rozbiórka wiaduktu drogowego i budowa nowego obiektu mostowego WD-3 z dojazdami i przebudową infrastruktury),
2. Inżynier Projektu - Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni-Etap II (roboty drogowe, budowa kolektora deszczowego wraz z urządzeniami służącymi ochronie środowiska od ul. J. Wiśniewskiego do basenu nr IV wraz z drogą eksploatacyjną, roboty kolejowe, roboty branżowe),
3. Nadzór budowlany inwestorski - Budowa zespołu fabryk produkcji okien wraz z pełną infrastrukturą w tym służącą ochronie środowiska w zakresie wód powierzchniowych „Window Village”,
4. Inżynier Kontraktu - Rewitalizacja obiektów przemysłowych na centrum muzealne pod ochroną konserwatorską, realizowane pod warunkami kontraktowymi FIDIC środki ZPORR.

Zamawiający zakwalifikował pozycję nr 2 wykazu jako zadanie potwierdzające spełnianie warunku siwz. Zakres prac, których dotyczyła zrealizowana usługa, w tym wykonanie kolektora deszczowego wraz z drogą eksploatacyjną – dł. 827 m w ramach robót drogowych, został potwierdzony w treści referencji wystawionych przez Urząd Miasta Gdyni (pismo z dnia 20 kwietnia 2009 r.). W treści ww. pisma została wskazana wartość całego kontraktu – 37 909 250,34 zł. Konsorcjum INWESTOR złożyło ponadto w ofercie oświadczenie wykonawcy zadania B.O.I. „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o. wskazujące wartość

„robót związanych z gospodarką wodno-ściekową” w kwocie 4 850 000,00 zł (pismo z dnia 10 lipca 2009 r.) wykonanych w ramach powyższego kontraktu.

Opisując warunek zamawiający posłużył się mało precyzyjnym pojęciem „inwestycja” oraz „sektor środowisko”. Z treści rozpatrywanego postanowienia wynika, że wykonawca winien wykazać zrealizowanie usługi zarządzania projektem w charakterze inżyniera kontraktu w odniesieniu do zakończonej inwestycji „sektora środowisko” dotyczącej gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej, co stanowi uszczegółowienie zakresu przedmiotowego inwestycji należącej do „sektora środowisko”. Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że przy formułowaniu warunku posiłkował się treścią Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013. W ramach ww. programu „sektor środowisko” – obejmuje m.in. wspieranie inwestycji w gospodarce wodno-ściekowej i gospodarce odpadami, a ponadto w obszarze ograniczania ryzyka zagrożeń ekologicznych, działania komplementarne w stosunku do działań w ramach 16 regionalnych programów operacyjnych skierowanych do małych i średnich przedsiębiorstw w celu ograniczenia negatywnego wpływu na środowisko działalności przemysłowej i dostosowania przedsiębiorstw do wymogów prawa wspólnotowego, działania na rzecz ochrony przyrody na obszarach chronionych w Polsce. Ponieważ jednak zamawiający nie zawarł w treści warunku jakiegokolwiek odniesienia do Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 nie można interpretować ww. postanowienia siwz przez pryzmat wskazanego Programu. Do interpretacji warunku należy stosować zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z dyspozycji przepisu art. 65 § 1 k.c. Stosownie do przywołanego przepisu, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Dla rozstrzygnięcia spornej kwestii wynikającej z zarzutu odwołania kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy roboty z zakresu gospodarki wodno-ściekowej wykonywane jako towarzyszące inwestycji innego rodzaju niż „sektor środowisko” np. z sektora transportowego stanowią inwestycję „sektora środowisko” zgodnie z treścią warunku zawartego w specyfikacji. W ocenie Izby, omawiane postanowienie należy odnieść do przedmiotu zamówienia, jakim jest usługa zarządzania inwestycją obejmującą budowę nowej kwatery składowiska odpadów. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób przyjąć inaczej jak tylko, że istotą wymagania jest doświadczenie w zarządzaniu projektem dotyczącym wykonania inwestycji tj. samodzielnego przedsięwzięcia o określonym charakterze (sektor środowisko) odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Przedmiot zamówienia nie odnosi się do wycinak robót lecz do kompletnej inwestycji. Wykonania robót wchodzących w skład przedsięwzięcia nie można utożsamiać z inwestycją ze względu na mniejszy zakres tego pojęcia, niższą złożoność prac oraz wycinkowy charakter. Powyższe nie oznacza zarazem, że inwestycja jako taka nie może być częścią przedsięwzięcia

o jeszcze bardziej złożonym charakterze i większym zakresie. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w przypadku inwestycji wskazanej przez Konsorcjum INWESTOR „Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni – etap II”. Ww. projekt stanowi jednorodną inwestycję typu transportowego, obejmującą roboty drogowe, mostowe, kolejowe. W ramach ww. projektu – w części obejmującej roboty drogowe wykonano m.in. budowę kolektora deszczowego. Powyższe wynika wprost z treści referencji wystawionych przez inwestora - Urząd Miasta Gdyni (pismo z dnia 20 kwietnia 2007 r.). Podkreślić należy, że kolektor deszczowy stanowi urządzenie towarzyszące inwestycji drogowej - odwadniająca oraz odprowadzająca wodę tj. wyposażenie techniczne drogi w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. nr 43 poz. 430 z późn. zm.). Budowa kolektora deszczowego (rurociągu odprowadzającego wody) nie stanowi zatem samodzielnej inwestycji sektora środowisko lecz element inwestycji drogowej. W efekcie - budowa kolektora deszczowego nie potwierdza wymaganego w specyfikacji doświadczenia.

Zamawiający w Rozdziale 9 ust. 1 pkt 2 ppkt c.1 siwz ustanowił warunek, aby wykonawcy dysponowali osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, przy czym dla Specjalisty Kluczowego nr I Menedżera Projektu – Rezydenta należało wykazać „szczególne doświadczenie zawodowe - doświadczenie w zarządzaniu budową w charakterze kierownika (menedżera) zespołu Inżyniera Kontraktu i/lub kierownika budowy, dla minimum jednej zakończonej inwestycji "sektora środowisko" (gospodarka odpadami i/lub gospodarka wodno-ściekowa) realizowanej zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC lub równoważnymi, o wartości robót, co najmniej 4.000.000.PLN. W załączniku nr 6/1 - "Informacja o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia" Konsorcjum INWESTOR wskazało p. Kazimierza K. jako Menedżera Projektu - Rezydenta, przy czym na potwierdzenie jednej zakończonej inwestycji „sektora środowisko”, którą zarządzał p. K., wykonawca wskazał realizację projektu pn. „Rozbudowa ulicy Janka Wiśniewskiego w Gdyni -Etap II" faza1. Podał przy tym wartość „robót związanych z gospodarką wodno-ściekową” w kwocie 4 850 000,00 zł. Jak wynika z informacji o kwalifikacjach i doświadczeniu osoby – 16 wiersz tabeli oraz opis szczegółowy inwestycji – strona 3 ww. dokumentu, p. Kazimierz K., będąc pracownikiem B.O.I. „Inwest-Wybrzeże" Sp. z o.o. realizował ww. kontrakt, w tym zadanie polegające na budowie 827 m sieci kanalizacji deszczowej wraz z piaskownikami, osadnikami, separatorami i wylotami do rzek oraz basenu portowego. Zważywszy,

że wykonania powyższych prac nie można uznać za inwestycję „sektora środowisko”, a jedynie za roboty dotyczące wyposażenia technicznego drogi, co zostało wykazane powyżej, brak jest podstaw do przyjęcia, że doświadczenie zdobyte przez p. Kazimierza K. w zarządzaniu ww. kontraktem dotyczy inwestycji o charakterze „sektor środowisko”.

W tym stanie rzeczy należało uznać, iż na dzień dokonania przez zamawiającego oceny ofert, Konsorcjum INWESTOR nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania osobą spełniającą wymagania specyfikacji wskazaną na stanowisko Specjalisty Kluczowego nr I " Menedżer Projektu – Rezydent. Konsorcjum INWESTOR nie złożyło wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zważywszy jednak, że zamawiający nie zastosował w odniesieniu do Konsorcjum INWESTOR obowiązkowej procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji podlega wykluczeniu. W pierwszej kolejności zamawiający jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum INWESTOR do uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie omawianych warunków udziału w postępowaniu, a następnie – do powtórzenia czynności oceny oferty.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust.1 pkt.10 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (Rozdział 9 ust. 1 pkt 2 ppkt d.1 i c.1 siwz) jak również - naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy. Czynności wykluczenia wykonawcy zamawiający nie mógł dokonać, przed wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Biorąc pod uwagę dokonane wyżej ustalenia, Izba stwierdziła, że oferta Konsorcjum INWESTOR została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzut naruszenia w postępowaniu przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Izba uznała za zasadny, wobec przyjęcia przez zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum INWESTOR, obniżonych wymagań w stosunku do treści warunków określonej w siwz. Podkreślić należy, że wskazane naruszenie przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który - na etapie dokonywanej oceny ofert - nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nie wykazał spełniania tych warunków.

Nie potwierdził się, w ocenie Izby, zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący podnosząc ten zarzut nie przedstawił dowodów na potwierdzenie okoliczności, iż dokumenty i oświadczenia złożone przez Konsorcjum INWESTOR w ofercie zawierają nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, iż stosownie do treści art. 6 k.c. ciężar dowodu określonych faktów spoczywa na tym, kto twierdzi i wywodzi ze swojego twierdzenia skutki prawne.

Izba uznała, iż nietrafny jest zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum INWESTOR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przesłanką odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność musi dotyczyć treści merytorycznej oferty, w szczególności - w zakresie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia, terminu lub sposobu realizacji zamówienia, warunków gwarancji itp. Zarówno niespełnianie warunków udziału w postępowaniu jak i niezłożenie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowią odrębne podstawy decyzji podejmowanej przez zamawiającego tj. wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponieważ odwołujący wywodził niezgodność treści oferty z treścią siwz wyłącznie z niespełnienia przez konsorcjum INWESTOR wymagań podmiotowych, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji, co mogłoby stanowić podstawę jej odrzucenia.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie Izby w wysokości 820,12 zł, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....