

WYROK

z dnia 29 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

**Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wernera 4a** protestu z dnia 30 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Radomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę (modernizację) wału prawego rzeki Kamiennej w miejscowości Wola Pawłowska – Ostrów w km 0+00 – 3+800 gm. Solec n/Wisłą. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 września 2009 r. pod pozycją 327250-2009.

W dniu 25 listopada 2009 r. (pismem z dnia 24 listopada 2009 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rasław Plus Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Paweł Kalemba i Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego Energopol S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Uzasadniając decyzję o wykluczeniu ww. wykonawcy Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IX.2a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. roboty polegającej na uszczelnieniu korpusu wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ - wykonanej w ramach jednego zamówienia. Wskazał, że z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wynika, że postanowienia Specyfikacji zostały przez niego odczytane odmiennie od oczekiwań Zamawiającego, na co wskazuje też przedstawiona przez wykonawcę kalkulacja, z której wynika, że powyższą wielkość powierzchni uszczelnienia bentomatą daje suma wykonywanych robót w ramach więcej niż jednego zamówienia. Zamawiający stwierdził, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonywaniu robót porównywalnych do przedmiotu zamówienia podlega sumowaniu na poziomie poszczególnych elementów wyszczególnionych robót, ale niedopuszczalne jest sumowanie ilości robót w ramach jednego elementu robót np. uszczelnienie korpusu wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ nie może być wynikiem realizacji kilku robót o rozmiarze mniejszym niż 35000m^2 . Zamawiający stwierdził też, że z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę wynika, że niezłożenie na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku wynikało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, tylko z błędnego odczytania postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zatem zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie ma podstaw do zatrzymania wadium.

Protest wobec czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego Energopol S.A. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł w dniu 1 grudnia 2009 r. (pismem z dnia 30 listopada 2009 r.) wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego Energopol S.A. zwany dalej Odwołującym. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że warunek postawiony w pkt IX.2a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie może być odczytywany jako warunek wykonania wyłącznie jednej roboty. Zamawiający stosując niedopuszczalną w tej sytuacji wykładnię zawężającą pkt IX 2a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niezasadnie wprowadza dodatkowy, nie zawarty w Specyfikacji, warunek udziału w postępowaniu, tj. obowiązek wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na wykonywaniu wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ wykonanej w ramach jednej umowy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający sprzecznie z treścią pkt IX.2a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia utożsamia warunek wykonania jednej roboty budowlanej - czynności faktycznej - z ramami prawnymi, na podstawie których taka robota budowlana została wykonana. Odwołujący wskazał, że dla oceny doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia czy ww. roboty o określonej powierzchni zostały wykonane w ramach jednego, czy też kilku zamówień - istotnym elementem jest jedynie doświadczenie. Powyższe, jak zauważył Odwołujący, znajduje pełne uzasadnienie w ostatnim zdaniu punktu IX.2a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie jest mowa o „*należywym wykonaniu zamówień*” (używając liczby mnogiej), a więc jednoznacznie, w połączeniu z zastrzeżeniem „*minimum jednej roboty*” przy zastosowaniu prawidłowej wykładni, prowadzi do konkluzji, iż robota musi być przynajmniej jedna, ale również może być ich więcej.

Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że wymóg wykonania wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ w ramach jednego stosunku prawnego nie znajduje uzasadnienia również ze względu na brak związku pomiędzy ilością umów, w ramach których dany uczestnik postępowania wykonywał daną robotę budowlaną a doświadczeniem w wykonywaniu tego typu prac. Odwołujący nie dostrzega różnicy pomiędzy doświadczeniem uczestnika postępowania, który wykonał wał matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ w ramach jednej umowy od doświadczenia uczestnika postępowania, który wykonał wał matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ w ramach kilku umów.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w jej wyniku dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 10 grudnia 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, że określając warunki udziału w postępowaniu odniósł się ściśle do przedmiotu zamówienia. Postawione w postępowaniu wymagania mają na celu, jak wyjaśnił Zamawiający, dokonanie wyboru wykonawcy wiarygodnego, posiadającego odpowiednie doświadczenie zawodowe i niezbędną wiedzę dla realizacji zamówienia i są adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że z przedłożonego przez Odwołującego wykazu wykonanych robót i referencji wynika, iż spełnia on jedynie 2 spośród 3 warunków w zakresie doświadczenia; referencje załączone do oferty potwierdzają wykonywanie uszczelnienia korpusu wałów matą bentonitową w ramach jednego zamówienia, ale o maksymalnej powierzchni bentomaty 30815,60m². Zamawiający wskazał, że na wezwanie do złożenia dokumentów lub wyjaśnień z dnia 2 listopada 2009 r. Odwołujący złożył jedynie wyjaśnienia, które nie potwierdziły spełnienia spornego warunku. Zamawiający stwierdził, że z przepisów wykonawczych do ustawy Pzp, jak też z postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wynika, że porównywalną robotą do przedmiotu zamówienia jest suma kilku robót spełniających warunek postawiony przez zamawiającego.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 14 grudnia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego, jako wykonawcy wykluczonego z postępowania, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem sporu jest prawidłowość decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt IX.2a tiret 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Sporny warunek dotyczy wymogu wykazania się przez wykonawcę zrealizowaniem minimum 1 roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, obejmującą co najmniej następujący zakres robót:

- budowa lub rozbudowa wałów lub zapór ziemnych o kubaturze $\geq 85000^3$,
- uszczelnienie korpusu wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000 \text{ m}^2$,
- uszczelnienie podłoża przesłoną bentonitowo-cementową na głębokość $\geq 4\text{m}$, o powierzchni $\geq 17000 \text{ m}^2$,

przy czym istota zarzutu dotyczy wyłącznie spełniania przez Odwołującego ww. warunku w zakresie robót polegających na uszczelnieniu korpusu wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000 \text{ m}^2$.

Odwołujący w swojej ofercie wykazał kilka robót przedmiotowo zgodnych z postawionym warunkiem, jednak żadna z nich nie polegała na uszczelnieniu bentomatą o powierzchni równej lub większej niż 35000 m^2 – największa z wykazanych powierzchni to powierzchnia o wielkości $30815,6 \text{ m}^2$.

Izba stwierdziła, że z treści postawionego warunku jednoznacznie wynika, że wymóg dotyczący powierzchni powinien być spełniony w ramach jednego zadania, a nie kilku, jak wywodzi Odwołujący. Takie rozumienie warunku wynika z jego literalnej wykładni. Potwierdzeniem prawidłowości czytania warunku w taki sposób, w jaki czyni to Zamawiający jest również sam przedmiot zamówienia, w skład którego wchodzi m.in. uszczelnienie korpusu

matą bentonitową o powierzchni 36287 m². Nie sposób uznać, że odpowiadającym rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia jest realizacja kilku robót, które tylko po ich zsumowaniu będą odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Tym samym, warunek udziału postępowaniu w spornym zakresie Izby uznała za określony w sposób nie budzący wątpliwości i adekwatny do przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że z treści art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego formułowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby nie utrudniał on uczciwej konkurencji. Obowiązek ten nie może być jednak utożsamiany z nakazem dopuszczenia wszystkich podmiotów do udziału w postępowaniu, również tych, które nie posiadają stosownego doświadczenia. Zamawiający zobowiązany jest również określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wszystkie ww. wymagania zostały, w ocenie Izby, spełnione przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający wypełnił obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 2 listopada 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazując wyraźnie, że roboty polegające na uszczelnieniu korpusu wałów matą bentonitową o powierzchni $\geq 35000\text{m}^2$ powinny być wykonane w ramach jednego zamówienia. Mimo tak wyraźnego wskazania Odwołujący w piśmie z dnia 5 listopada 2009 r. nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia, zaprezentował tylko jego własną interpretację.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego uznając czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania za dokonaną w sposób prawidłowy.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....