

Sygn. akt: KIO 1873/13

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Związek Spółek Wodnych w Sierpcu, ul. Bema 1B, 09-200 Sierpc** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, Oddział Ciechanów, ul. Powstańców Warszawskich 11, 06-400 Ciechanów**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania przetargowego, a także czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny złożonych przez wykonawców ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, Oddział Ciechanów, ul. Powstańców Warszawskich 11, 06-400 Ciechanów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Związek Spółek Wodnych w Sierpcu, ul. Bema 1B, 09-200 Sierpc** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, Oddział Ciechanów, ul. Powstańców Warszawskich 11, 06-400 Ciechanów** na rzecz **Związku Spółek Wodnych w Sierpcu, ul. Bema 1B, 09-200 Sierpc** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

U z a s a d n i e

Zamawiający: Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, 02 - 656 Warszawa, ul. Ksawerów 8 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie urządzeń melioracji wodnych podstawowych i wód istotnych dla regulacji stosunków wodnych na potrzeby rolnictwa na terenie powiatu płońskiego woj. mazowieckie” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 129179 - 2013 z dnia 01 lipca 2013r.

Odwołujący: Związek Spółek Wodnych w Sierpcu, 09-200 Sierpc, ul. Bema 1 B w dniu 30 lipca 2013r. powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy oraz o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 sierpnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż w zakresie części 1 (pierwszej) zamówienia bezpodstawnie i z naruszeniem art.24 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, wykluczył go z przedmiotowego postępowania, a wskazane w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanki dokonania tej czynności nie odpowiadają rzeczywistości.

Podniósł, że wykluczenie z postępowania obarczone jest błędem polegającym na niewłaściwej ocenie złożonej oferty w szczególności pkt XIII 1.2 SIWZ odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że na potwierdzenie stosownego doświadczenia przy ofercie załączył następujące referencje wydane przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Ciechanowie:

1. Utrzymanie rzeki Luty od km 0+000 do km 8+580 i od km 10+580 do km 17+420, kanału Luty - Wkra od km 0+500 do km 1+740 oraz rzeki Pijawni od km 2+540 do km 8+220,

2. Utrzymanie rzeki Karsówki od km 0+000 do km 6+800, oraz referencje wydane

przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Płocku :

3. Utrzymanie rzek i kanałów na długości 36,11 km.

Wskazał również, że w uzupełnieniu oferty złożonym na żądanie Zamawiającego dołączył dodatkowo potwierdzenie wykonania następujących zadań:

1. Konserwacja systemów melioracyjnych w Nadzorach Wodnych Płock i Włocławek w 2011 r. w zakresie dotyczącym kompleksów: IV Stary Duninów - Wola Brwileńska, V Brwilno - Popłacin, VII Dolina Ośnicka. na długości 44,542 km,

2. Konserwacja rzeki Sierpienica Zachodnia w kilometrze 35+170 - 54+685 = 19,15 km i rzeki Ryksy w kilometrze 16+280-20+580 = 4,3 km.

Zdaniem Odwołującego takie wyjaśnienia są wystarczające i zgodne ze SIWZ, albowiem urządzenia melioracji objęte referencjami są ciekami wodnymi służącymi do regulacji stosunków wodnych.

Zauważył także, że dla potwierdzenia spełnienia warunku wykonania mechanicznego odmulania dna cieków lub kanałów z rozplantowaniem urobku na długości, co najmniej 2 km dołączył potwierdzenie wykonania robót dotyczących konserwacji systemów melioracji w Nadzorach Wodnych Płock i Włocławek w 2011 r. w zakresie dotyczącym kompleksów: IV Stary Duninów - Wola Brwileńska, V Brwilno - Popłacin, VII Dolina Ośnicka wykonanego przez Związek Spółek Wodnych Melkorex z siedzibą w Płocku, który na okres wykonania zadania oddał mu do dyspozycji niezbędne zasoby doświadczenia.

Zaznaczył przy tym, iż wszelkie wymogi dotyczące wykazania doświadczenia spełnił w treści pierwotnej oferty, a żądanie ze strony Zamawiającego ich uzupełnienia było nieuzasadnione, ale mimo tego podporządkował się jego żądaniu składając powyżej opisane dokumenty.

W ocenie Odwołującego zarzut braku wykazania wykonania jednego zamówienia z wymaganym rozmiarem rzeczowym i rodzajem robót można odeprzeć powołując się na punkt XIII 2c SIWZ, w którym wskazano, iż: „W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz, którego usługi wskazane w wykazie - form. nr 5, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa wyżej. W razie konieczności, szczególnie, gdy wykaz usług lub dowody potwierdzające czy usługi zostały wykonane należyce budzą wątpliwości

zamawiającego lub gdy z poświadczenia, oświadczenia wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu na rzecz, którego usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.”.

Zwrócił także uwagę, że zdecydowana większość wymienionych powyżej prac utrzymaniowych została przez niego zrealizowana w latach poprzednich tj. 2011 – 2012 na rzecz Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie - czyli Zamawiającego, niezależnie od tego, iż w jego imieniu występowały poszczególne oddziały terenowe, a zatem – w jego ocenie - nie miał obowiązku przedstawiania referencji, chyba, że Zamawiający tego wyraźnie zażądałby.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 2 października 2009r. (sygn. akt XII Ga 311/09) z tezą, że „Wymagania SIWZ (a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego) są spełnione, jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznego wykaże, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów (aneksów), a których wartość przekracza kwotę wskazaną w SIWZ.”.

Oświadczył, że jest podmiotem wyspecjalizowanym w pracach wodno-melioracyjnych, funkcjonującym na rynku od ponad 50-ciu lat i podobne zadania, do tych, których dotyczy zamówienie wykonywał już wielokrotnie, o czym Zamawiający miał wiedzę z racji udziału Odwołującego we wcześniej prowadzonych przez niego przetargach.

Zdaniem Odwołującego zaskarżoną czynnością (wykluczenie z postępowania) Zamawiający naruszył przepis prawa materialnego - art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp przez błędną jego wykładnię i tym samym naruszył jego interes prawny, albowiem gdyby nie został on wykluczony z części 1 (pierwszej) zamówienia, to jego oferta, jako mająca najniższą cenę i spełniająca SIWZ zostałaby wybrana.

Zarzucił również, że takie postępowanie Zamawiającego stanowi także naruszenie art.7 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm, co w efekcie powinno prowadzić do wybrania wykonawcy zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp.

Oдноśnie części 2 (drugiej) zamówienia zarzucił, iż Zamawiający

odrzucając jego ofertę naruszył przepisy art.89 ust.1 pkt 5 w zw. z art. art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, a przedstawiona w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty argumentacja nie jest przekonywująca.

Wskazał, że podstawą odrzucenia tej części oferty był zarzut Zamawiającego błędnego obliczenia ceny, choć jako podstawę prawną wskazano art.89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Według Odwołującego zarzut ten jest uzasadniony tylko do dwóch pozycji kosztorysu ofertowego na wykonanie robót utrzymaniowych rzeki Płonka od kilometra 7+050 do kilometra 7+190 i od kilometra 10+200 do kilometra 18+240 - część II działanie nr 13.

Wskazał, że pierwszy błąd dotyczył pozycji 2 „Wykoszenie porostów ręcznie z dna cieków, porost gęsty z wygrabieniem”, lecz ilość jednostek była zgodna z przedmiarem zawartym w SIWZ (82,74), a cena jednostkowa (39,00 zł) została podana prawidłowo, zaś błąd dotyczył jedynie iloczynu obu tych składników.

Zdaniem Odwołującego prawidłowa wartość netto w rubryce 6 powinna być „3.226,86”, a w kosztorysie ofertowym błędnie została ona określona na kwotę „326.86”.

Jednocześnie zaznaczył, że drugi błąd dotyczył pozycji 12: „wykonanie budowli siatkowo-kamiennej na skarpie”.

Podał, że w tym przypadku końcowy wynik oznaczający wartość netto stanowił iloczyn dwóch elementów składowych : ilości jednostek, która to wielkość (35 szt.) wynika z przedmiaru robót i jest elementem SIWZ oraz ceny jednostkowej, którą w ofercie Odwołujący określił w sposób prawidłowy jako 436,68 zł.

Wskazał, że błąd zawarty był jedynie w wyniku matematycznego przemnożenia tych składników, a prawidłowo powinno być 15.283,80 zł, natomiast przyznał błędne wpisanie w kosztorysie kwoty 1.528,80 zł.

W ocenie Odwołującego pomimo obu tych błędów wartość netto podana została w kosztorysie prawidłowo (143.682,76 zł), a więc omyłki były następstwem nieumyślnego przeoczenia przy przenoszeniu danych, ale bez żadnych konsekwencji dla końcowego wyniku.

Odwołujący uważał, że powyższe błędy miały charakter oczywistej omyłki matematycznej i były łatwe do weryfikacji, a zgodnie z obligatoryjnym brzmieniem art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający powinien sam poprawić takie oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki, a także niezależnie od tego Zamawiający mógł żądać w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących złożonej oferty.

Ostatecznie zaskarżonej czynności Zamawiającego (odrzuconiu oferty) zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego - art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego błędną wykładnię oraz wskazał zaniechanie dokonania czynności, do której był zobowiązany (poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej), czym naruszył art. art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp przez brak jego zastosowania.

Takie postępowanie Zamawiającego stanowi – w ocenie Odwołującego - także naruszenie art.7 ust.1-3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania przetargowego w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania przez osoby zapewniające bezstronność obiektywizm, co w efekcie powinno prowadzić do wybrania wykonawcy zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust.2 i 3 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na:

a) wykluczeniu Odwołującego w zakresie części 1 (pierwszej) zamówienia oraz powtórzenie czynności badania ofert i ich oceny z uwzględnieniem jego oferty, oraz

b) odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części 2 (drugiej) zamówienia oraz powtórzenie czynności badania ofert i ich oceny z uwzględnieniem jego oferty,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów związanych z niniejszym odwołaniem.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego i uzupełnionych przez niego dokumentów, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 89 ust.1 pkt.6 w związku z art. 87 ust.2 pkt.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał obowiązek wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania przez niego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia.

Po analizie całokształtu materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że Odwołujący złożył pierwotnie przy ofercie dokumenty potwierdzające jego wiedzę i doświadczenie w wykonaniu przedmiotu zamówienia stosownie do postanowień SIWZ.

Izba ustaliła, że w rozdziale XII pkt.1 ppkt.2 SIWZ - w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku Zamawiający żądał od wykonawcy udokumentowania wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia o podobnym rodzaju i wartości.

Jednocześnie Zamawiający w tym postanowieniu SIWZ oświadczył, że za podobne zamówienie uzna usługi polegające na ręcznym wykoszeniu porostów ze skarp i dna cieków lub kanałów z wygrabieniem na długości, co najmniej 25,0 km i mechanicznym odmuleniu dna cieków lub kanałów z rozplantowaniem urobku na długości, co najmniej 2,0 km.

Zdaniem Izby złożony przy ofercie Odwołującego na stronie 20 wykaz wykonanych usług wraz przedłożonymi na stronach 21 – 22 referencjami potwierdzają sytuację określoną w rozdziale XII pkt.1 ppkt.2 SIWZ.

Izba stwierdziła na podstawie referencji wystawionej przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, Oddział Płock z dnia 20 maja 2013r., że Odwołujący w 2012r.wykonywał na rzecz tego podmiotu roboty utrzymaniowe rzek i kanałów na długości 36,11 km i wartości brutto 237 461,09 zł.

Prace te polegały również na udrożnieniu cieków na długości 35,19 km za kwotę 135 339, 51 zł, a skład tych czynności wchodziło wykoszenie porostów, usuwanie kożucha roślin pływających w dnie, wycinanie krzaków.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że wskazane w tej referencji wykoszenie porostów dotyczyło jedynie rowów, bowiem takiego sformułowania przedmiotowa referencja nie zawierała, zatem przy takim pojemnym znaczeniu tej czynności(wykoszenie porostów) podanej w referencji nie sposób nie przyjąć, że nie mieściło się w niej również ręczne wykoszenie porostów ze skarp i dna cieków.

Inne znaczenie przypisywane tej referencji oznaczałoby w istocie dowolną interpretację przez Zamawiającego treści SIWZ dotyczących warunków podmiotowych, a co za tym idzie w zasadzie taka sytuacja prowadziłaby każdorazowo do uznaniowego doboru podmiotów spełniających warunki udziału w postępowaniu przetargowym, a tym samym działanie takie stanowiłoby to rażące naruszenie zasady równości i konkurencyjności określonej w art.7 ustawy Pzp.

Nadto Zamawiający potwierdził, że w ramach zadania wymienionego w referencji z dnia 22 maja 2013r. wystawionej przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, Oddział Ciechanów zostało wykonane w ramach utrzymania rzeki Pijawni mechaniczne odmulenie cieku z mechanicznym rozplanowaniem na długości nie mniejszej niż 2,00 km.

Wobec powyższych ustaleń Izba przyjęła zapatrywanie, że w świetle postanowień rozdziale XII pkt.1 ppkt.2 SIWZ dopuszczalne było wykazywanie się przez wykonawców doświadczeniem i wiedzą nabytą w dwóch różnych zamówieniach.

Należy wyraźnie wskazać, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców „co najmniej jednego zamówienia”, która to stylizacja zawarta w SIWZ wskazuje, że nie wykluczał on możliwości wykazania się wykonaniem więcej niż jednego zamówienia o podobnym rodzaju i wartości.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w SIWZ nie wprowadził wyraźnego brzmienia ograniczającego możliwość wykazywania się przez wykonawców wykonaniem żądanego zakresu rzeczowego jedynie w ramach jednego zamówienia(usługi).

Jednocześnie Izba uznała, iż w ofercie Odwołującego wystąpiły oczywiste omyłki rachunkowe, które powinny zostać poprawione przez Zamawiającego na zasadzie art.87 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Z ustaleń Izby wynika, że pierwsza z tych omyłek została już poprawiona przez Zamawiającego na stronie 7 oferty - część II Działanie nr 13, poz.2 drugie roboty utrzymaniowe, gdzie została wykreślona kwota 326,86 i zastąpiona wartością 3226,86.

Natomiast, co drugiej omyłki znajdującej się na stronie 8 oferty - część II Działanie nr 13, poz.12 drugie roboty utrzymaniowe Zamawiający oświadczył, iż nie została ona przez Zamawiającego wychwycona i wyjaśnił, że konsekwencją tego błędu był niespójny wynik podany na str. 1 form. nr 1a do oferty, część 2 – ogółem do działania nr 12.

Przyjmując zatem, że powyższe omyłki w rachunku matematycznym przy podawaniu cen możliwe były do stwierdzenia i eliminacji przez Zamawiającego w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp Izba uznała za konieczne powtórzenie tej czynności przez Zamawiającego w ramach badania ofert.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....