

Sygn. akt: 238/19

**Postanowienie**

**z dnia 25 lutego 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu w dniu 25 lutego 2019 r. w Warszawie na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MCC S.A., M. Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o., ul. Oficerska 16a, 10-218 Olsztyn**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IDS-BUD S.A., M. - Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych M.H., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MCC S.A., M. Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów kwotę **20 000 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Budowa kolektora Centralnego Bis w ul. Leśnej w Olsztynie. Ogłoszenie o postępowaniu opublikowano w DUUE Nr TED: 2018/S 164-375961

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia MCC S.A. (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik) ul. Kaliska 11,87-860 Chodecz i M. sp. z o.o. we Włocławku, wniósł odwołanie od czynności odrzucenia oferty, o czym został zawiadomiony drogą elektroniczną w dniu 31.01.2019r. (pismem datowanym na dzień 28.01.2019r.)

W odwołaniu zaskarżył czynności polegające na wykluczeniu wykonawcy - Konsorcjum firm: MCC S.A. , M. Sp. z o.o., dalej „Konsorcjum” lub „Odwołujący”, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp,

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z uwagi na dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób sprzeczny z postanowieniami siwz,
2. art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z brakiem podania przyczyn wykluczenia z postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania,
2. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania w tym złożonych wyjaśnień i dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

Zarzuty i żądania odwołujący uzasadnił następująco.

Zamawiający w rozdziale III ust. 3 pkt. 2 lit. a) tiret pierwszy określił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności zawodowej żądając, aby Wykonawca ubiegający się o wykonanie zamówienia posiadał doświadczenie w realizacji min. 1 zamówienia dotyczącego wykonania kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z rur o średnicy min. 1 000 mm i długości min. 2 000 m o złożoności technologicznej porównywalnej z kolektorem będącym przedmiotem zamówienia.

Wykonawca na etapie składania ofert posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego WUPRINŻ S.A. Przedmiotem zamówienia w ramach referencyjnego zadania inwestycyjnego pn. „Budowa systemu odprowadzania wód opadowych z rejonu zachodniej części miasta Gorzowa Wielkopolskiego” została wykonana kanalizacja deszczowa z rur o średnicach wskazanych w warunku niniejszego zamówienia na:

odcinku I fi 1200/1400-658,23 m fi 800/1000- 566,10 m

odcinku II fi 1200/1490- 988,08 m

odcinku III fi 1800/2160- 333,05 m

co daje łącznie długość 2 545.46 m.

Nie wiadomo jak Zamawiający obliczył, że rur o średnicy min. 1000 mm było 1927,60 m.

Kwestia ta była wyjaśniana pismem z dnia 7.01.2019 r. oraz pismem z dnia 21.01.2019 r.

Wraz z wyjaśnieniami Zamawiającemu zostały dostarczone dowody, z których wynikało, że do zakresu czynności spółki WUPRINŻ w ramach zadania inwestycyjnego na rzecz Miasta Gorzów Wielkopolski Spółka zrealizowała kanalizację deszczową o minimalnej średnicy rur 1000 mm o łącznej długości 2 493,71 m, co w oświadczeniu z dnia 2.10.2018 r. potwierdza WUPRINŻ oraz Zamawiający - Miasto Gorzów Wlkp. w oświadczeniu z dnia 4.01.2019 r.

W wyniku ponownego wezwania Zamawiający otrzymał kolejne pismo pochodzące od Spółki WUPRINŻ - wykonującego wymagany zakres robót (z 14.01.2019 r.) w którym podmiot ten ponownie wskazuje na długość wykonanej kanalizacji deszczowej z rur o śr. min. 1000 mm.

Odwołujący nie ma zatem żadnej wiedzy na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że nie wykonano kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości min. 2 000 m.

Z informacji o wykluczeniu nie wynika żadne stanowisko co do uzasadnienia faktycznego wykluczenia. Zdaniem Odwołującego stanowi to naruszenie art. 92 ust. 1 pkt.2 ustawy pzp bowiem nie znane są motywy działania Zamawiającego, co uniemożliwia złożenie jakiegokolwiek argumentacji mogącej przekonać co do błędnie podjętej decyzji. Czynność Zamawiającego nie może rodzić żadnych domysłów, bowiem przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak m.in. KIO 1858/17, KIO 522/11, KIO 1066/10 brak precyzyjnego wskazania z czego wynikała taka, a nie inna ocena złożonej oferty a także złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie poinformował Odwołującego o przyczynie wykluczenia.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się,

jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że Odwołujący podlega wykluczeniu. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podanie przez Zamawiającego ewentualnie dopiero na rozprawie, uzasadnienia faktycznego podjętych wobec Odwołującego decyzji. Podkreślenia wymaga fakt, że w treści postawionego warunku Zamawiający nie zdefiniował czy wymiar 1000 mm odnosi się do średnicy wewnętrznej czy zewnętrznej rur. Tym samym jest zobowiązany weryfikować spełnianie warunku bez względu na to czy wartość nominalna dotyczy średnicy wewnętrznej czy średnicy zewnętrznej.

Za stanowiskiem SO w Nowym Sączu z 18 marca 2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15) należy wskazać, że zapisy w siwz muszą mieć precyzyjny i jednoznaczny charakter, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przystępujących do przetargu (wyrok sygn. akt KIO 1991/18).

Podobnie Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 7 marca 2018 r. (sygn. akt VIII Ga 102/18), podkreślił, że zasada z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z ich wykładni, a także z uzupełniania przez krajowe organy występujących w tej dokumentacji luk.

Także w przypadku możliwości interpretacji zapisów siwz w różny sposób wszelkie niejasności należy odczytywać na korzyść wykonawców.

W treści informacji o wykluczeniu Zamawiający podnosi również, że podstawą wykluczenia jest nie realizowanie przez podmiot trzeci kluczowych części zamówienia. Również argumentacja w tym zakresie jest niezrozumiała. Zamawiający w treści siwz – r. XIX wskazał zakres kluczowych części zamówienia, których obowiązek realizacji wymaganych jest od osobistego wykonania przez wykonawcę. W treści oferty jednoznacznie wskazaliśmy, że podmiot udostępniający swoje zasoby, będzie realizował część robót budowlanych- poza zakresem zastrzeżonym do wykonania samodzielnie przez Wykonawcę.

Z treści wykluczenia można wnioskować, że Zamawiający zmienił/ wyłączył postanowieniami siwz uprawnienie do korzystania z zasobów podmiotów trzecich w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia jest stwierdzenie, że WUPRINŻ nie będzie wykonywał robót kluczowych, w związku z czym jego doświadczenie nie może być brane pod uwagę na okoliczność spełnienia warunków. Jeśli takie jest stanowisko Zamawiającego to postępowanie jako obarczone wadą prawną, bowiem nadrzędną regulacją nad treścią siwz są przepisy prawa i nie mogą być zmieniane, poprzez wyłączenie uprawnienia do korzystania z zasobów trzecich.

Uprzedzając ewentualne stanowisko o spóźnionych zarzutach dotyczących postanowień siwz, stwierdza, że składając ofertę nie miał wątpliwości co do prawa korzystania z zasobów podmiotów trzecich, tym bardziej, że takie prawo wynika z siwz - rozdział III pkt. 4 również w zakresie zdolności zawodowej. Jeśli zaś Zamawiający celowo wprowadził wykonawców w błąd uznając, że brzmienie rozdziału XIX pkt. 2 należy rozumieć jako zakaz korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na okoliczność spełniania warunku zdolności zawodowej to postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp.

Zdaniem Odwołującego zamawiający dopuścił prawo do korzystania w przypadku spełniania warunków z podmiotów trzecich, zaś brzmienie rozdziału XIX pkt. 2 należy rozpatrywać ewentualnie w kategoriach art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, zastrzeżenie co do osobistego wykonania należy badać z punktu widzenia oferty, nie warunków podmiotowych wykonawcy. W złożonych wyjaśnieniach i uzupełnionym zobowiązaniu szczegółowo wykazał, że podmiot trzeci w ramach podwykonawstwa wykona:

1. Roboty przygotowawcze, odwodnieniowe
2. Roboty ziemne i nawierzchniowe przy włączeniu do kolektora BIS istniejących rurociągów tłocznych DN 400 i DN 450 z wyłączeniem prac związanych z ułożeniem kolektora Centralnego BIS w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór
3. Roboty montażowe przy włączeniu do kolektora BIS istniejących rurociągów tłocznych DN 400 i DN 450 z wyłączeniem prac związanych z ułożeniem kolektora Centralnego BIS w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór
4. zabezpieczenia i przebudowy kolizji z istniejącym uzbrojeniem z wyłączeniem prac związanych z ułożeniem kolektora Centralnego BIS w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór
5. Włączenie do kolektora BIS istniejących kanałów DN 200 [lub DN 300) z wyłączeniem prac związanych z ułożeniem kolektora Centralnego BIS w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór
6. Roboty montażowe przy przebudowie wodociągu wody surowej na ode. w1-w5 z wyłączeniem prac związanych z ułożeniem kolektora Centralnego BIS w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór
7. Wykonanie murku oporowego.

Zgodnie z przyznaniem przez Zamawiającego zawartym w treści zawiadomienia o wykluczeniu nie są to roboty kluczowe zastrzeżone w siwz.

Ponadto z ostrożności podkreślenia wymaga fakt, że w ofercie zostało wskazane, że sam wykonawca posiada doświadczenie w realizacji zamówień tożsamych z przedmiotem zamówienia na długości 1 844,00m, a więc jedynie o 156,00m mniej niż wymagał tego warunek wykazując inwestycję pn. „Budowa kompleksowego systemu oczyszczania i

odprowadzania ścieków dla gminy Wola Krzysztoporska - Etap II". Nie zachodzi zatem żadne zagrożenie, że sam Wykonawca Konsorcjum MCC S.A & M. Sp. z o.o. nie jest w stanie realizować zastrzeżonych robót budowlanych.

Wykonawca specjalizuje się w tym zakresie robót, albo i nawet bardziej w skomplikowanych robotach niż ten przedmiot zamówienia od 40 lat na rynku.

Potwierdzeniem skuteczności działań jest m.in. wykonanie przez Oferenta szeregu wymienionych robót.

Odwołanie jest konieczne i zasadne, bowiem czynność wykluczenia zarówno z uwagi na brak podania szczegółowych podstaw dokonanej czynności, a także mając na uwadze treść siwz oraz przedstawionych dokumentów w postępowaniu oraz w wyniku składanych wyjaśnień i przedłożonych dowodów została dokonana z naruszeniem prawa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłoszono przystąpienie wykonawcy IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie i H.M. pod firma M. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych M.H., Łozienica p-ta Goleniów. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z art. 185 ust. 6 z uwagi na okoliczność, iż odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez przystępującego do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r., po uwzględnieniu przez zamawiającego w całości zarzutów w w/w odwołaniu i braku sprzeciwu odwołującego, o którym mowa w art. 186 ust. 4 ustawy pzp w sprawie sygn. akt KIO 1551/18.

Ponadto wskazał na przesłanki oddalenia odwołania z uwagi na jego bezpodstawność.

Przystępujący wskazał na wybór oferty obecnego odwołującego jako najkorzystniejszej, dokonany dnia 30.11.2018 r.

Złożył odwołanie zarzucając czynność wyboru w wyniku błędnej oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału opisanego w r. III ust. 3 pkt 2a tiret pierwsze siwz.

W odwołaniu tym podniósł, iż wybrany wykonawca nie wykonał wymaganego kolektora o długości 2000 m z rur o średnicy min. 1 000 mm. Ze złożonego przez wykonawcę MCC poświadczenia wynikało, że omawiane zamówienie obejmowało wykonanie rurociąg z rur o średnicy min. 1 000 mm o długości 1.979,36 m.

Ponadto wykonawca nie miał prawa korzystać zasobów podmiotu trzeciego stosownie do art. 22a ust. 4 pzp, który znalazł odzwierciedlenie w siwz III ust. 4 pkt 5. Zakres robót kluczowych był bowiem zastrzeżony do wykonania osobistego przez wykonawcę. W ich skład zgodnie z

XIX siwz wchodziło wykonanie robót technologicznych związanych z ułożeniem kolektora centralnego bis w wykopie, budowa studni i komór.

Wykonawca MCC nie wykazał posiadania niezbędnego doświadczenia, a zamawiający był zobowiązany do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i zobowiązał się do dokonania ponownej weryfikacji przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca MCC nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania.

Dnia 31 stycznia 2019 r. pismem datowanym 28 stycznia 2019 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu wykonawcy MCC z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Uzasadnił, że z dokumentów podmiotu trzeciego tj. WUPRINŻ, na którego doświadczenie powołuje się oferent wynika, że z rur o średnicy min. 1000 mm WUPRINŻ wykonał kolektor kanalizacji deszczowej długości 1927,60 m co nie odpowiada warunkowi, by długość wynosiła min. 2 000 m. Dodatkowo zamawiający podniósł, że treści zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do oferty i odpowiedzi MCC wynika, że spółka WUPRINŻ nie będzie wykonywała zastrzeżonych w siwz robót kluczowych, a zatem na zasoby tego podmiotu wykonawca nie może się powoływać.

W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący zakwestionował wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania. Przypomniawszy, iż pierwsze odwołanie zawierało zarzut zaniechania z art. 26 ust. 3 PZP i biorąc pod uwagę treść obecnego odwołania należy stwierdzić, iż brak jest tożsamości zarzutów, gdyż w złożonym odwołaniu Odwołujący odnosi się do dokumentów nowo złożonych w toku ponownego badania i oceny ofert. W szczególności w wyniku czynności Zamawiającego została podjęta nowa czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, co do której uprzednio nie podnoszono zarzutów i żądań.

Zamawiający wniosek o odrzucenie pozostawił do rozpoznania przez Izbę.

Przystępujący zauważył, iż w poprzednim postępowaniu nie miał podstaw wnosić o wykluczenie wykonawcy z postępowania, gdyż byłby to wniosek przedwczesny. Stwierdził, że zarzuty odwołania dotyczą w istocie tych samych okoliczności faktycznych, tj. wymaganego doświadczenia, które miało być doświadczeniem własnym, a przez Odwołującego było przedstawiane jako udostępniane przez firmę WUPRINŻ. Jednocześnie przedstawione doświadczenie nie spełniało warunków długości rurociągów. Stwierdził, że uzasadnienie decyzji o wykluczeniu z 28.01.2019 r. pokrywa się w całości z argumentacją odwołania wniesionego przez Odwołującego.

Odwołujący zauważył, że z czynności Zamawiającego w tym treść jego wezwań z 31.12.18r. i 10.01.19r., wskazują na odmiennosc ocen w stosunku do przedstawianych przez Zamawiającego. W jego ocenie w szczególności treść pism wskazuje na dopuszczenie przez Zamawiającego posłużeniem się doświadczeniem podmiotu trzeciego. Wskazał, iż z pism tych nie wynikało, by Zamawiający miał wątpliwości co do ilości metrów wykonanych przez WUPRINŻ.

Zamawiający sprostował wielkość przedstawioną w decyzji o wykluczeniu i na str. 7 odpowiedzi na odwołania dotyczącą łącznej długości kolektora; powinno być 1 979,36 m.

**Krajowa Izba Odwoławcza** rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron stwierdziła, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy - Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy – Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, którą wykonał zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu.

Przedmiotem odwołania w rozpatrywanej sprawie jest czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp z uzasadnieniem faktycznym przekazanym wykonawcy, w którym zamawiający powołał się na warunek określony w siwz – rozdział III ust. 3 pkt 2a pierwsze tiret – wykonawca spełni warunek zdolności techniczne, jeżeli wykaże że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie min. 1 zamówienie dotyczące wykonania kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z rur o średnicy min. 1000 mm i długości min. 2000 m o złożoności technologicznej porównywalnej z kolektorem będącym przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał (nadał w piśmie z 28.01.2019 r.), że przedłożone przez wykonawcę dokumenty w ofercie oraz uzupełnione i wyjaśnione na wezwanie zamawiającego (PZP-372-RIR/-41/42/18 z 31.12.2018 r., PZP-372-RIR/-41/43/ dotyczące kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z rur o średnicy min. 1000 mm wskazują, że WUPRINŻ SA wykonał kolektor kanalizacji deszczowej długości 1 927,60 m, co nie potwierdza postawionego warunku, zgodnie z którym wymagano doświadczenia przy realizacji kolektora o długości min. 2000 m.

Jednocześnie zamawiający wskazał na zapisy siwz w rozdziale XIX ust. 1 i 2, zgodnie z którymi wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w zakresie wykonania robót technologicznych związanych z ułożeniem kolektora Centralnego bis w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór.



Zastrzeżenie zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia dla kluczowych części powiązane jest bezpośrednio z warunkiem zdolności technicznej, którego spełnieniem musiał się wykazać wykonawca. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do oferty i odpowiedzi lidera wykonawcy MCC /pismo z 21.01.2019 r./ wynika, że spółka WUPRINŻ nie będzie wykonywała robót kluczowych zastrzeżonych w siwz. Jeżeli zatem nie będzie wykonywała tych robót, to wykonawca nie może powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wykazywania się doświadczeniem w wykonaniu kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z rur o średnicy min. 1000 mm i długości min. 2000m.

Jak z powyższego wynika decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania oparta jest na ustaleniu, że podmiot ten nie wykazał spełnienia wymaganych postanowieniami siwz warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego niezbędnego do realizacji zamówienia z uwzględnieniem wyspecyfikowanych kluczowych części zamówienia. Wymóg doświadczenia dotyczy wskazanego wyżej opisu dotyczącego wykonania kolektora sanitarnego lub deszczowego o parametrach minimalnej średnicy 1000 mm i minimalnej długości 2000 m.

W tym miejscu należy wskazać na wybór oferty obecnego odwołującego jako najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego dnia 30 listopada 2018 r.

Wybór ten został zaskarżony odwołaniem obecnego przystępującego, w którym to odwołaniu zarzucono wadliwą czynność wyboru w wyniku błędnej oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału opisanego w r. III ust. 3 pkt 2a tiret pierwsze siwz.

W uzasadnieniu tego odwołania – wniesionego dnia 10 grudnia 2018 r. – odwołujący podniósł, iż wybrany wykonawca nie wykonał wymaganego kolektora o długości 2000 m z rur o średnicy min. 1 000 mm. Ze złożonego bowiem przez wykonawcę MCC (lidera konsorcjum wykonawców) poświadczenia wynikało, że omawiane zamówienie obejmowało wykonanie rurociąg z rur o średnicy min. 1 000 mm o długości 1.979,36 m.

Ponadto odwołujący stwierdził, że wykonawca nie miał prawa korzystać z zasobów podmiotu trzeciego stosownie do art. 22a ust. 4 pzp, który znalazł odzwierciedlenie w siwz III ust. 4 pkt 5. Zakres robót kluczowych był bowiem zastrzeżony do wykonania osobistego przez wykonawcę. W ich skład zgodnie z XIX siwz wchodziło wykonanie robót technologicznych związanych z ułożeniem kolektora centralnego bis w wykopie, budowa studni i komór.

Wykonawca, jak stwierdzono w odwołaniu, nie wykazał zatem posiadania niezbędnego doświadczenia, a zamawiający był zobowiązany do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i zobowiązał się do dokonania ponownej weryfikacji przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Stwierdzić należy, że zamawiający rzeczywiście, po uwzględnieniu zarzutów odwołania, przeprowadził postępowanie wyjaśniające w stosunku do wykonawcy, którego uprzedni wybór był objęty zarzutami, po czym podjął decyzję o nowym wyniku postępowania, a jej podstawą faktyczną było stwierdzenie o braku wykazania spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe skład orzekający stwierdził, że zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp, jako że odwołanie rozpatrywane dotyczy czynności zamawiającego wykonanej w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania, a czynność ta została wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, według którego pierwsze odwołanie zawierało zarzut zaniechania z art. 26 ust. 3 PZP i biorąc pod uwagę treść obecnego odwołania brak jest tożsamości zarzutów, gdyż w złożonym odwołaniu Odwołujący odnosi się do dokumentów nowo złożonych w toku ponownego badania i oceny ofert. W ocenie składu orzekającego, nie powinno być wątpliwości co do faktu, iż w odwołaniu obecnego przystępującego zasadniczym zarzutem był fakt braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez konkurenta, czego konsekwencją winno być na takim etapie postępowania wezwanie przez zamawiającego do przedstawienia dowodów i wyjaśnień w sprawie spełniania warunku. Brak takiego potwierdzenia, w świetle przepisów ustawy, skutkuje wykluczeniem wykonawcy postępowania, jakkolwiek formułowanie żądania w tym zakresie nie jest niezbędne w treści odwołania.

Izba uznaje za poprawne stanowisko, iż zarzut niespełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu i wyniki ustaleń dotyczących tego zarzutu opisane w decyzji o wykluczeniu z 28.01.2019 r. wskazują na potwierdzenie zasadności argumentacji odwołania wniesionego przez przystępującego. Za nie mające znaczenia w sprawie uznano różnice w wyliczeniu długości rur na potwierdzenie wymaganego doświadczenia, jako że zarówno wielkość przedstawiona przez zamawiającego, jak i sprostowana, są wielkościami niższymi od wymaganych tj. długości 2000 m przy jednoczesnym spełnieniu wymogu co do minimalnej średnicy.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym w warunkach przewidzianych przepisem art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....