

WYROK

z dnia 15 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INSTAL WARSZAWA Spółka Akcyjna w Warszawie, Seen Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tarnobrzeskie Wodociągi Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnobrzegu**

przy udziale

- A. wykonawcy **IDS-BUD Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Control Process EPC Environmental Protection Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INSTAL WARSZAWA Spółka Akcyjna w Warszawie, Seen Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INSTAL WARSZAWA Spółka Akcyjna w Warszawie, Seen Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INSTAL WARSZAWA Spółka Akcyjna w Warszawie, Seen Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Tarnobrzeskich Wodociągów Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnobrzegu** kwotę **3 923 zł 83 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia trzy złote osiemdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Tarnobrzskie Wodociągi Sp. z o.o. w Tarnobrzegu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na instalację suszarni osadów ściekowych w powiązaniu technologicznym oczyszczalni ścieków.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 30 października 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INSTAL WARSZAWA Spółka Akcyjna w Warszawie, Seen Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności wykluczenia ich z udziału w postępowaniu oraz na wybór oferty wykonawcy IDS-BUD S.A.

Odwołujący zarzucili zamawiającego naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p., polegające na nieuzasadnionym wykluczeniu odwołujących z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunku doświadczenia, przy czym zamawiający interpretuje ten warunek w sposób niewyraźny w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.);
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., polegające na niezasadnym wyborze oferty wykonawcy IDS-BUD S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie zarzutów odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołujących;
- 2) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołujących.

Odwołujący podnieśli, że ich interes w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku w wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego, gdyż odwołujący złożyli ofertę najkorzystniejszą według wskazanych w s.i.w.z. kryteriów wyboru. Wykluczenie odwołujących z udziału w postępowaniu może narazić go na szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, że w dniu 18 października 2017 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Powodem wykluczenia było niespełnienie, w ocenie zamawiającego, warunku udziału w postępowaniu z pkt 11.4.3. 1.a s.i.w.z. (po modyfikacji warunku doświadczenia wyjaśnieniem s.i.w.z. z dnia 14.06.2017:

„Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

a) zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane o wartości minimum 30 000 000, 00 PLN netto każda, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (budowy, modernizacji lub rozbudowy) komunalnej oczyszczalni ścieków, przy czym w zakres co najmniej jednej z nich wchodziło zaprojektowanie i wykonanie suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m.,

lub

b) zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane o wartości minimum 30 000 000,00 PLN netto każda, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (budowy, modernizacji lub rozbudowy) komunalnej oczyszczalni ścieków oraz zaprojektowanie i wykonanie (budowy, modernizacji lub rozbudowy) suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m. o wartości netto minimum 10.000.000, 00 PLN.

Odwołujący w wykazie swego doświadczenia wskazali dwie inwestycje spełniające postawione przez zamawiającego warunki (zgodnie z lit. a powyżej):

1) zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych w ramach inwestycji „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Jędrzychówku dla aglomeracji Morąg, oraz

2) zaprojektowanie i wykonanie przebudowy oraz rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym suszarni taśmowej, dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów w ramach inwestycji „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Opolu w ramach projektu nr POIS.01.01.00-00-051/08 nn. „Trias Opolski — ochrona zbiornika wód podziemnych dla aglomeracji Opole, Prószków i Tarnów Opolski — etap IP.

W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 27.09.2017 r, zamawiający zażądał (w związku z zarzutami z odwołania IDS-BUD S.A.) „szczegółowych wyjaśnień popartych dokumentami, dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 11.4.3.1) s.i.w.z., to jest

posiadania doświadczenia w zakresie projektowania: komunalnej oczyszczalni ścieków suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% suchej masy. IDS-BUD S.A. zarzucał bowiem, że odwołujący nie projektowali inwestycji w Morągu w zakresie wystarczającym do wykazania elementu warunku odnoszącego się do słowa „zaprojektowanie”, a odnośnie inwestycji w Opolu, że nie projektowali tam suszarni taśmowej oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m.

W wyjaśnieniach z dnia 03.10.2017 r. odwołujący bardzo szczegółowo odnieśli się do zarzutów, a ich wyjaśnienia nie tylko zawierały wyjaśnienie sposobu rozumienia warunku, ale również szereg dokumentów potwierdzających fakt projektowania inwestycji w wymaganym przez zamawiającego zakresie (w załączeniu wyjaśnienia).

Zamawiający pismem z dnia 18.10.2017 r. wykluczył odwołujących z udziału w postępowaniu wskazując na pięć argumentów:

1) Zamawiający stwierdził, że „interpretacji warunku dokonywać należy w związku z przedmiotem zamówienia, a w omawianym przypadku w zakresie zadania objętego zamówieniem jest wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie obiektu; bez wątplenia przedmiot umowy ma być wykonany zgodnie z regulacjami prawa budowlanego — a zatem wszelkie interpretacje winny być dokonywane z uwzględnieniem owych przepisów prawa”.

Odwołujący podnieśli, że zdaniem zamawiającego warunku nie spełniają, skoro ich doświadczenie nie pokrywa się w stosunku 1:1 z przedmiotem zamówienia, na które składa ofertę. Jest to całkowicie nieuprawniona interpretacja warunku udziału w postępowaniu, sprzeczna z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych, w szczególności zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 P.z.p.

Odwołujący wskazali, że jeśli projektowanie, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu miało być projektowaniem dokładnie w takim zakresie, jak projektowanie objęte przedmiotem zamówienia, to zamawiający powinien taki wymóg jasno wyrazić w s.i.w.z.

2) Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołujących, że „treść warunku określona w postępowaniu poprzez użycie czasowników dokonanych jak „zrealizował” i „zaprojektowanie” należy odczytywać jako elementy rozpoczęte, przeprowadzone i zakończone w całości, co przesądza o niewystarczalności wykazywania się częściami wchodzącymi w ich zakres”.

Zamawiający nie wyjaśnił, co miał na myśli mówiąc o „wykazaniu się częściami”. Odwołujący wskazywał w wykazie doświadczenia na inwestycje, które „rozpoczął”, „przeprowadził” i „zakończył w całości”, co potwierdzają przedłożone referencje, uzyskane od inwestorów tych inwestycji.

3) Zamawiający zarzucił również, że „zaoferowane przez Konsorcjum zakresy projektowania nie pokrywają się z zaprojektowaniem całości zamierzenia inwestycyjnego wykonywanego w ramach prezentowanych inwestycji Morąg czy Opole”, gdyż „suma wykazanych projektów musi odpowiadać całości zamierzenia inwestycyjnego (budowa, modernizacja, rozbudowa komunalnej oczyszczalni ścieków)”. Zamawiający nie napisał, co przez to rozumie, w szczególności czym jest „zaprojektowanie całości zamierzenia inwestycyjnego”.

4) Zamawiający zarzucił odwołującym, że „wykonanie projektów wykonawczych, czy opracowanie dokumentacji powykonawczej (przy czym odwołujący absolutnie nie wykazywali się wykonaniem dokumentacji powykonawczej, jako argumentem w posiadaniu doświadczenia w projektowaniu oczyszczalni ścieków) nie jest możliwe bez wcześniejszego opracowania zakresu dokumentacji budowlanej (projektu budowlanego); projekty wykonawcze są uszczegółowieniem projektów budowlanych; zatem wykonanie projektów wykonawczych może być uznane jedynie za udział w projektowaniu ale nie za projektowanie obiektu.

W ocenie odwołujących, stwierdzeniem powyższym zamawiający przyznał, że odwołujący mają doświadczenie w projektowaniu oczyszczalni ścieków.

W ocenie odwołujących, w świetle postawionego warunku to, co zamawiający nazywa „udziałem w projektowaniu”, jest wystarczające do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż w żadnym miejscu w s.i.w.z. ani w jej wyjaśnieniach, zamawiający nie wskazał zakresu „zaprojektowania” wymaganego do uznania warunku za spełniony. W szczególności nie napisał, że wykonawca ma się wykazywać wykonaniem zarówno projektu budowlanego, jak i wykonawczego. Każdy z nich jest projektem, a istotne jest to, w ramach którego nabywa się doświadczenia w projektowaniu oczyszczalni ścieków, w tym suszarni taśmowej i stacji odwadniania osadów.

Odwołujący wskazali w wyjaśnieniach z dnia 03.10.2017 r., że zarówno w ramach inwestycji w Opolu, jak i w Morągu wykonywali zamienne projekty budowlane, jednak zamawiający nie odniósł się do tych informacji w decyzji o wykluczeniu.

Odwołujący wskazali, że zamawiający w wymogach dla Głównego Projektanta dokładnie i precyzyjnie określił, jakim doświadczeniem ma się legitymować tj.:

Główny Projektant, posiadający (...):- doświadczenie w pełnieniu funkcji Projektanta, który opracował jako Główny Projektant lub Kierownik Zespołu Projektowego w ciągu ostatnich 10 lat:

- projekt budowlany i wykonawczy w jednym zadaniu, które obejmowało budowę, przebudowę lub modernizację węzła fermentacji, węzła odwadniania osadów oraz suszenia na prasie taśmowej dla komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 40 tys. RLM, które zostało zrealizowane i osiągnęło zakładany efekt ekologiczny zgodnie z uzyskanymi pozwoleniami i dokumentacją techniczną, lub

- projekty budowlane i wykonawcze w ramach odrębnych projektów, które obejmowały budowę, przebudowę lub modernizację węzła fermentacji, węzła odwadniania osadów oraz suszenia na prasie taśmowej dla komunalnych oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 40 tys. RLM, które zostały zrealizowane i osiągnęły zakładany efekt ekologiczny zgodnie z uzyskanymi pozwoleniami i dokumentacją techniczną.

5) Zamawiający zarzucił w decyzji o wykluczeniu, że „konsorcjum wskazało jednoznacznie w wyjaśnieniach, że zakres prac projektowych wykonały podmioty trzecie nie wchodzące w skład konsorcjum, co przesądza o powołanie się przez te podmioty na zakres prac, w których nie brały bezpośredniego udziału. Konsorcjum nie posiada zatem doświadczenia projektowego dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia .

W ocenie odwołujących, nie ma racji zamawiający stwierdzając, że konsorcjum nie brało udziału w pracach projektowych, a zatem nie ma doświadczenia w projektowaniu. Owszem, konsorcjum zatrudniło podwykonawców — projektantów zarówno w celu wykonania inwestycji w Morągu, jak i w Opolu, jednak nie oznacza to, że konsorcjum nie brało udziału w pracach projektowych. Ponadto, zamawiający myli sytuację, w której znajduje się odwołujący z sytuacją, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, z którym wcześniej wykonawca nie współpracował jako zleceniodawca i którego wiedzy i doświadczenia chce użyć do wykazania spełniania warunków w jakimś postępowaniu. Wówczas rzeczywiście wykonawca musi wskazać taki podmiot jako podwykonawcę w postępowaniu, w którym powołuje się na jego zasoby, aby móc wykazać realność korzystania z zasobów takiego podmiotu. Jednak w niniejszej sprawie, odwołujący powołują się na doświadczenie własne, nabyte przy udziale swoich, a nie obcych podwykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 listopada 2017 roku wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

ewentualnie o:

2. oddalenie odwołania w całości,
3. zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania zamawiający wskazał, że treść sformułowanego zarzutu w sposób opisany w odwołaniu w części „przy czym Zamawiający interpretuje ten warunek w sposób niewyrażony w siwz” stanowi *de facto* zarzut formułowany pod kątem niejasności lub ewentualnej nieprecyzyjności określenia warunku udziału w postępowaniu w s.i.w.z., zaś zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od daty publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z uwagi na modyfikację treści omawianego punktu s.i.w.z. (pkt. 11.4.3.1 s.i.w.z.), dokonanej przez zamawiającego w dniu 14 czerwca 2017 roku, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec treści s.i.w.z. w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu upłynął bezskutecznie w dniu 26 czerwca 2017 roku.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, zamawiający wskazał na literalną wykładnię treści spornego pkt. 11.4.3.1. s.i.w.z., co zgodne jest z przyjętymi w orzecznictwie regułami interpretacji s.i.w.z., gdzie prymat przyznaje się wykładni językowej.

Zamawiający wskazał, że wedle treści określenia warunku zamawiający wymagał wykazania się przez Wykonawcę: (i) zrealizowaniem zadania, w którym wykonawca zaprojektował i wykonał (budowa, modernizacja lub rozbudowa) komunalną oczyszczalnię ścieków; (ii) zrealizowaniem zadania, w którym wykonawca zaprojektował i wykonał (budowa, modernizacja lub rozbudowa) suszarnię taśmową dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m.

Z literalnego brzmienia wskazanego warunku wyraźnie wynika, że zamawiający oczekiwał przedstawienia doświadczenia - zadania, w ramach którego wykonawca zaprojektował całą komunalną oczyszczalnię ścieków, którą na podstawie owej dokumentacji wykonał. Gdyby treść s.i.w.z. miała dopuszczać możliwość wykazania się częściowym projektowaniem (albo projektowaniem w zakresie konkretnego poziomu szczegółowości) musiałaby ona zawierać sformułowanie np. wykonawca wykaże się zrealizowaniem zadania w ramach którego projektował część komunalnej oczyszczalni ścieków lub np. wykonawca wykaże się zrealizowaniem zadania w ramach w którego brał udział w projektowaniu części komunalnej oczyszczalni ścieków. Takich postanowień s.i.w.z. w omawianym postępowaniu nie zawiera. Powyższe oznacza, że częściowe projektowanie, udział w części projektowania,

czy inne elementy nie dające łącznie potwierdzenia, że wykonawca rzeczywiście zaprojektował oczyszczalnię nie będą wystarczające dla wykazania spełnienia warunku.

Gdyby nawet, czemu zaprzecza zamawiający, treść językowa s.i.w.z. mogła wzbudzić jakiegokolwiek wątpliwości Odwołującego, winien on odnieść treść opisanego Warunku do istoty zadania, bowiem w dalszym kroku wykładni zastosowanie znajdują reguły badania woli Zamawiającego zgodnie z 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. Bez wątplenia w Postępowaniu przedmiotem zadania jest zaprojektowanie i wykonanie instalacji komunalnej oczyszczalni ścieków. Zatem nie powinno ulegać wątpliwości, że reguła wykładni dokonana w trybie art. 65 k.c. zdecydowanie potwierdza i ewentualnie wzmacnia interpretację językową zaprezentowaną przez zamawiającego w punktach powyżej. To znaczy, że zakres wymaganego w warunku projektowania winien obejmować całość zadania inwestycyjnego wykonanego w przeszłości i wskazanego jako obiekt referencyjny.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie kompletnej suszarni osadów ściekowych na oczyszczalni ścieków w Tarnobrzegu, wraz z konieczną modernizacją oczyszczalni dla możliwości wybudowania instalacji suszarni osadów.

Zakres zamówienia obejmuje :

- sporządzenie projektu budowlanego i uzyskanie dla niego wynikających z przepisów: opinii, zgód, uzgodnień i pozwoleń wraz z pozwoleniem na budowę, dla robót wymagających decyzji o pozwoleniu na budowę ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2016 poz. 290 z późn. zm.) z rozporządzeniami wykonawczymi, ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 1232 z późn. zm.), ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (tekst jednolity z 2015 r. Dz. U. 2015, poz. 196 ze zm.), ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 ze zm.) z rozporządzeniami wykonawczymi, wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i pozwoleń wymaganych przepisami polskiego prawa

- opracowanie dokumentacji, w tym projektu budowlanego, dla robót wymagających decyzji o pozwoleniu na budowę, sporządzenie projektów wykonawczych, dla robót wymagających decyzji o pozwoleniu na budowę oraz robót remontowych i dostaw nie wymagających pozwolenia,

- obsługę geodezyjną,
- wykonanie robót budowlanych remontowych i montażowych, na podstawie opracowanych i uzgodnionych projektów,
- dostawę maszyn, urządzeń, instalacji i wyposażenia,
- dostawę kompletu części zużywających w trakcie eksploatacji i materiałów eksploatacyjnych technologicznych niezbędnych do użycia do końca okresu zgłaszania wad dla wszystkich urządzeń dostarczonych w ramach Kontraktu,
- wykonanie prac budowlanych związanych z drogami,
- przeprowadzenie wymaganych prób i badań oraz przygotowanie dokumentów związanych z oddaniem zmodernizowanej oczyszczalni oraz suszarni osadów do użytkowania i uzyskanie pozwolenia na eksploatację,
- wykonanie rozruchu oczyszczalni, wraz z suszarnią osadów,
- dostarczenie kompletu sprzętu, oznakowań, instrukcji, środków ochrony indywidualnej i zbiorowej z zakresu bhp i ochrony przeciwpożarowej, wymaganych przepisami szczegółowymi dla prawidłowej eksploatacji obiektu oczyszczalni ścieków,
- przeprowadzenie szkolenia obsługi oczyszczalni,
- wykonanie instrukcji bezpiecznej obsługi i konserwacji urządzeń,
- opłaty za nadzory obce, badania itp.,
- inwentaryzację powykonawczą,
- oznakowanie budynków i instalacji zgodnie z wymaganiami przepisów szczegółowych, a w szczególności oznakowanie:
 - o dróg ewakuacyjnych,
 - o lokalizacji sprzętu ppoż.,
 - o armatury, urządzeń, instalacji,
 - o miejsc występowania zagrożeń i ograniczeń w zakresie przebywania i komunikacji,
 - o informacyjne w zakresie pomieszczeń i komunikacji,

- nadzór autorski projektanta,
- wykonanie badań czynników oddziaływania oczyszczalni ścieków na środowisko do odbioru końcowego i odbioru pogwarancyjnego.

Zamawiający z pkt 11.4.3. 1.a s.i.w.z. (po modyfikacji warunku doświadczenia wyjaśnieniem s.i.w.z. z dnia 14.06.2017) określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

a) zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane o wartości minimum 30 000 000, 00 PLN netto każda, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (budowy, modernizacji lub rozbudowy) komunalnej oczyszczalni ścieków, przy czym w zakres co najmniej jednej z nich wchodziło zaprojektowanie i wykonanie suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m.,

lub

b) zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane o wartości minimum 30 000 000,00 PLN netto każda, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (budowy, modernizacji lub rozbudowy) komunalnej oczyszczalni ścieków oraz zaprojektowanie i wykonanie (budowy, modernizacji lub rozbudowy) suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m. o wartości netto minimum 10.000.000, 00 PLN.

Odwołujący w wykazie swego doświadczenia wskazali dwie inwestycje (zgodnie z lit. a powyżej):

1) zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych w ramach inwestycji „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Jędrzychówku dla aglomeracji Morąg, oraz

2) zaprojektowanie i wykonanie przebudowy oraz rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym suszarni taśmowej, dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów w ramach inwestycji „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Opolu w ramach projektu nr POIS.01.01.00-00-051/08 nn. „Trias Opolski — ochrona zbiornika wód podziemnych dla aglomeracji Opole, Prószków i Tarnów Opolski — etap IP.

W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 27.09.2017 r. zamawiający zażądał „szczegółowych wyjaśnień popartych dokumentami, dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 11.4.3.1) s.i.w.z., to jest posiadania doświadczenia w zakresie projektowania: komunalnej oczyszczalni ścieków suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% suchej masy.

W ramach wyjaśnień odwołujący wskazali, że w ramach:

a. Inwestycji Morąg została wykonana dokumentacja wykonawcza obiektów oraz projekt budowlany wraz z uzyskaniem pozwolenia na wykonanie elementów związanych z higienizacją wapna, infrastrukturą związaną z suszarnią osadu, odsiarczaniem biogazu, sieciami zewnętrznymi technologicznymi, sanitarnymi elektroenergetycznymi oraz dokumentacja powykonawcza. Natomiast prace te zostały wykonane przez podwykonawcę Instal Warszawa S.A. - PP- EKO sp. z o.o.

b. Inwestycji Opole został wykonany projekt zamienny suszarni taśmowej osadów ściekowych wraz ze stacją odwadniania osadów do min. 26% suchej masy. Zakres tych prac nie został wykonany przez Konsorcjum, a przez Przedsiębiorstwo Inżynierskie ProEko K.K., I.P. sp. j. w Bydgoszczy na podstawie zamówienia udzielonego przez SEEN Technologie sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o oddalenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko odwołujących, iż zarzuty odwołania nie dotyczą samego brzmienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale interpretacji i zastosowania pkt 11.4.3. 1.a s.i.w.z. przy ocenie ofert.

Izba uznała zarzuty odwołania za bezzasadne.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ze wskazanymi

przepisami koreluje przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu

ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...).”

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność co do interpretacji warunku określonego w 11.4.3. 1.a s.i.w.z. w brzmieniu:

„Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

a) zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane o wartości minimum 30 000 000, 00 PLN netto każda, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (budowy, modernizacji lub rozbudowy) komunalnej oczyszczalni ścieków, przy czym w zakres co najmniej jednej z nich wchodziło zaprojektowanie i wykonanie suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m.,

lub

b) zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane o wartości minimum 30 000 000,00 PLN netto każda, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (budowy, modernizacji lub rozbudowy) komunalnej oczyszczalni ścieków oraz zaprojektowanie i wykonanie (budowy, modernizacji lub rozbudowy) suszarni taśmowej dla osadów ściekowych oraz instalacji odwadniania osadów do 25% s.m. o wartości netto minimum 10.000.000, 00 PLN.

Przedmiotowe zamówienie realizowane jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, który to system przewiduje co do zasady następujące etapy:

I. Fazę projektową - opracowanie projektu obiektu budowlanego na podstawie posiadanej przez zamawiającego koncepcji funkcjonalno-przestrzennej i dokumentacji geotechnicznej oraz

II. Fazę wykonawczą - wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający w spornym pomiędzy stronami zapisem s.i.w.z. ustanowił warunek udziału w postępowaniu odpowiadający swym zakresem przedmiotowi postępowania, tj. obejmujący obie wskazane wyżej fazy. Świadczy o tym brzmienie warunku, w którym zamawiający użył rzeczownika odczasownikowego w formie dokonanej, tj. „zaprojektowanie”. Wykładnia gramatyczna wskazanego warunku wskazuje, iż chodzi w nim o czynność, która jest rozumiana jako całość (tj. obejmuje wszystkie stadia) i która zakończyła się w przeszłości. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż zamawiający wymagał realizacji wszystkich etapów formuły „zaprojektuj i wybuduj”, włącznie z opracowaniem projektu budowlanego.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, ustala je jako minimalne poziomy zdolności. Wykonawcy wyrażający zamiar udziału w postępowaniu, uprawnieni są do ich kwestionowania poprzez wnoszenie odwołań w przepisany termin, liczonym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący, o ile nie zgadzali się z tak ustanowionymi warunkami udziału w postępowaniu, winni byli wnieść odwołanie w stosownym terminie. W związku z tym, iż takie odwołanie nie zostało wniesione, postanowienia w tym zakresie stały się prawomocne i obowiązujące wszystkich uczestników postępowania, tj. wykonawców, którzy powinni wykazać ich spełnianie, oraz zamawiającego, który obowiązany jest wykluczyć te podmioty, które ich nie spełniają.

Okoliczność, iż odwołujący w wykazywanych przez siebie inwestycjach nie wykonali całości wymaganych czynności nie jest pomiędzy stronami sporna. Tym samym Izba uznała, iż zamawiający zasadnie wykluczył odwołujących z postępowania, a zarzuty odwołanie nie zasługują na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....