

Sygn. akt: KIO 2470/13

WYROK

z dnia 5 listopada 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2013r. przez **wykonawcę:** Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Adama Branickiego 15; 02-972 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AB Industry S.A. ul. Poznańska 165; 05-850 Ożarów Mazowiecki i ECOKUBE Sp. z o.o. ul. Wólczańska 128/134; 90-527 Łódź zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Adama Branickiego 15; 02-972 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Adama Branickiego 15; 02-972 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Adama Branickiego 15; 02-972 Warszawa na rzecz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa kwotę 3567 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. Pl. Starynkiewicza 5 02-015 Warszawa jako zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane na „Zadanie nr 29 pn. „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków „Południe” w zakresie gospodarki osadowej w celu zwiększenia efektywności energetycznej”, (postępowanie nr 02524/W K/P W/J R P-T1 /B/2013), opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.07.2013 r. pod numerem 215169-2013-PL.

Odwołującym jest Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL- AQUA” S.A.z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15; 02-972 Warszawa.

Odwołanie wniesione jest na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U 2013r. poz. 907) zwaną dalej ustawą PZP.

Powodem wniesienia odwołania była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: AB INDUSTRY S.A. ul. Poznańska 165, 05-850 Ożarów Mazowiecki; ECOKUBE Sp. z o.o. ul. Wólczańska 128/134 90-527 Łódź jako najkorzystniejszej w niniejszym Postępowaniu („wybrany Wykonawca”), mimo że oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy PZP: art. 24 ust. 2 pkt 3) poprzez niewykluczenie wybranego Wykonawcy pomimo, że Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art. 24 ust. 2 pkt 4) poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybranego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonych w pkt III.2.3) pkt 1 ppkt b) Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2 ppkt b) Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącej część I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, art. 7 ust. 1, przez niezapewnienie w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. W

konsekwencji, odwołujący zarzuca zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty wybranego wykonawcy, który winien być z postępowania wykluczony, a nie dokonał wyboru oferty odwołującego, która winna być oceniona jako oferta najkorzystniejsza, a która otrzymała w kolejności najwyższą liczbę punktów w trakcie czynności oceny i wyboru ofert.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów odwołujący może ponieść szkodę i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w niniejszym postępowaniu ponieważ oferta odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający dokonał wadliwej oceny ofert w Postępowaniu, dokonał wyboru oferty AB INDUSTRY S.A. i ECOKUBE Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z naruszeniem ww. przepisów prawa, na skutek czego odwołującego pozbawiono możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego badania i oceny ofert oraz czynności dokonania wyboru oferty wybranego wykonawcy jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wraz z dokonaniem czynności wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy, oraz nakazaniem zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionymi przez niego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Pismem z dnia 23 października 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest AB Industry i ECOKUBE Sp. z o.o. 05-850 Ożarów Mazowiecki; ul. Poznańska 165 wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Na podstawie SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz Ogłoszenia o zamówieniu

Zamawiający w pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.2 Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącej część I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

„5.1.2 posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. Wykonawcy którzy:

- b) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie co najmniej jednej stacji odwadniania osadów ściekowych (obejmującej zakresem wirówkę/i odwadniająca/e w zabudowie kontenerowej lub w budynku), o wartości robót budowlanych równej lub większej od równowartości 2.000.000 (bez podatku VAT).

Na podstawie oferty wykonawcy wybranego (konsorcjum: AB Industry S.A. i ECOKUBE Sp. z o.o.)

Wybrany Wykonawca na spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Instrukcji dla Wykonawców pkt. 5.1.2 ppkt b) przytoczonego powyżej, wskazał pod poz. 2 w Wykazie wykonanych robót budowlanych zadanie pod nazwą: *„Dostawa i montaż wirówek dekantacyjnych ALDEC G2-60 (szt. 3) wraz z urządzeniami towarzyszącymi jak pompy, przepływomierze, stacja polielektrolitu, przenośniki, szafa sterownicza i zasilająca”* Jako okres wykonania wybrany Wykonawca wskazał lata 2007-2009. *„Miejsce wykonania: PKN Orlen S.A. ul. Chemików 7, 09-411 Płock.”* Na potwierdzenie wykonania tego zadania wybrany wykonawca dołączył do oferty Referencje z dnia 06.08.2013 r. wydane przez ORLEN Eko Sp. z o.o., z których treści wynika, że firma Alfa Laval (na zasobach której wybrany Wykonawca polega) była dostawcą wirówek dekantacyjnych *ALDEC G2-60 (szt. 3) wraz z urządzeniami*

towarzyszącymi jak pompy, przepływomierze, stacja polielektrolitu, przenośniki, szafa sterownicza i zasilająca do PKN Orlen S.A. ul. Chemików 7, 09-411 Płock. Dostawa została zrealizowana w 2007r., a całkowite zakończenie inwestycji nastąpiło w roku 2009. Zrealizowana dostawa i uruchomienie odbyło się terminowo i na wysokim poziomie. Z całym przekonaniem polecamy jako dobrego kontrahenta do wykonywania dostaw urządzeń do odwadniania osadów ściekowych.

W ofercie znajduje się również oświadczenie z dnia 07.08.2013r. w którym Alfa Laval sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zobowiązuje się do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia to jest „Modernizacji Oczyszczalni Ścieków Południe w zakresie gospodarki osadowej w celu zwiększenia efektywności energetycznej”. Jednocześnie załączamy dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy jako referencję.

W związku ze złożoną ofertą zamawiający pismem z dnia 24.09.2013r. na podstawie art.26 ust.4 ustawy wezwał wykonawcę wybranego do następujących wyjaśnień. Zamawiający odnosząc się do postanowień SIWZ to jest cytowanego powyżej pkt 5.1.2.b) IDW część I SIWZ oraz złożonego przy ofercie Wykazu wykonanych robót budowlanych pkt 2 tego Wykazu oraz załączonej referencji od spółki Alfa Laval wezwał do wyjaśnienia czy zakres zadania wskazanego w Wykazie wykonanych robót przez Alfa Laval Sp. z o.o. na rzecz PKN ORLEN S.A. obejmował również wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie stacji odwadniania osadu ściekowego.

Pismem z dnia 25 września 2013r. wykonawca wybrany odpowiadając na powyższe wezwanie zamawiającego oświadczył, że „Firma ALFA LAVAL Sp. z o.o. na rzecz PKN Orlen S.A. (...) wykonała budowę stacji odwadniania osadów ściekowych”.

W związku ze złożonym wyjaśnieniem, zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tegoż wykonawcy stwierdzając w uzasadnieniu wyboru, że oferta jest ważna pod względem formalnym i merytorycznym, przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Na powyższą czynność zamawiającego, odwołujący wniósł odwołanie wnosząc o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i o ponowną ocenę oraz wybór najkorzystniejszej oferty to jest jego oferty.

W złożonym odwołaniu na dowód podniesionych zarzutów co do czynności zamawiającego przywołał szereg dokumentów w tym jego pismo do PKN Orlen z dnia 17.10.2013r. w którym sformułował szereg pytań w szczególności czy w ramach zlecenia dostawy Alfa Laval wykonywała roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie stacji odwadniania osadu ściekowego.

PKN Orlen Eko Sp. z o.o. na powyższe udzielił w dniu 21.10.2013r. następującej odpowiedzi. Potwierdził dostawę urządzeń jak w Wykazie oraz referencji załączonej do oferty (wirówek dekantacyjnych *ALDEC G2-60 (szt. 3) wraz z urządzeniami towarzyszącymi jak pompy, przepływomierze, stacja polielektrolitu, przenośniki, szafa sterownicza i zasilająca.* Potwierdzono również terminowość i wysoki poziom realizacji zadania. Jednocześnie stwierdzono, że w ramach dostawy wymienionych urządzeń firma Alfa Laval była odpowiedzialna za montaż urządzeń technologicznych oraz wykonanie prac technologicznych i rozruchowych – natomiast nie prowadziła prac budowlanych. Kwitując stwierdzono, że w przeciągu ostatnich pięciu lat firma Alfa Laval prowadziła prace związane z dostawą, montażem i rozruchem w/w instalacji do odwadniania ścieków dla PKN Orlen S.A.

Z kolei przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca wybrany, który posłużył się doświadczeniem firmy Alfa Laval na rozprawie przedłożył pismo również PKN Eko OrlenSp .z o.o. z tymże z dnia 25 października 2013r. w którym potwierdzono, że firma Alfa Laval wykonała na rzecz PKN Orlen S.A. budowę stacji odwadniania osadów ściekowych. W ramach tego zamówienia była odpowiedzialna za dostawę urządzeń, nadzór nad montażem i uczestnictwo w montażu, koordynację wszystkich prac instalacyjnych, budowlanych, dostaw i montażu technologicznych związanych z kontraktem. Również w tymże oświadczeniu potwierdzono solidność firmy i polecono jako zaufanego wykonawcę.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja oczyszczalni ścieków. W ramach wymaganego doświadczenia zamawiający oczekiwał wykazania doświadczenia między innymi co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie *lub przebudowie* co najmniej jednej stacji *odwadniania osadów ściekowych.* *Chodziło więc o budowę lub przebudowę stacji*

odwadniania osadów ściekowych obejmującą swym zakresem wirówkę odwadniającą.

Przedmiotem sporu nie była okoliczność dostawy czy montażu wymaganych urządzeń dla spełnienia wymogu stacji odwadniania osadu ściekowego tylko okoliczność wykonana robót budowlanych.

Obydwie strony posługiwały się pomocniczo pojęciami prawa budowlanego dla wykazania swoich racji.

W ocenie Izby z uwagi na przedmiot zamówienia to jest modernizację oczyszczalni ścieków zamawiający jednoznacznie sformułował swoje oczekiwania co do posiadania doświadczenia w zakresie robót budowlanych z określeniem ich rodzaju to jest budowy stacji odwadniania ścieków w tym montażem oznaczonych urządzeń technologicznych (wirówka/i odwadniająca/e). W tego rodzaju budowie istotą doświadczenia nie są roboty budowlane w ogólnym tego słowa znaczeniu. Z kolei powszechnie jest wiadomym, że taka stacja odwadniania ścieków jako zespół szeregu urządzeń technologicznych mieści się w budynku. W tym wypadku zamawiający rozszerzył pojęcie budynku do zabudowy kontenerowej określając w SIWZ „w zabudowie kontenerowej lub w budynku”.

Izba uważa, że wykonawcy mają wykazać się doświadczeniem w budowie technologii urządzeń odwadniania ścieków (stacja odwadniania ścieków) a nie w budowie budynków jako takich to jest ogólnego przeznaczenia. Na marginesie stwierdzić należy, że zamawiający dopuścił nie tylko budynek ale również zabudowę kontenerową dla stacji odwadniania ścieków.

Natomiast usprawiedliwione były wątpliwości zamawiającego w kontekście posługiwania się przez firmę udostępniającą doświadczenie zwrotami „dostawa urządzeń” w sytuacji gdy zamawiający oczekuje doświadczenia w budowie stacji odwadniania ścieków. Bowiem sama dostawa bez montażu, uruchamiania z osiągnięciem zamierzonego efektu technologicznego oraz oddaniem do użytku jest niewystarczająca w kontekście postanowień co do wymaganego doświadczenia zawodowego służącego realizacji zadania jakim jest modernizacja oczyszczalni ścieków.

Wykonawca na wezwanie zamawiającego udzielił jednoznacznego wyjaśnienia co do budowy stacji odwadniania osadów ściekowych (Pismo z dnia 25 września 2013r. wykonawca wybrany odpowiadając na powyższe wezwanie zamawiającego oświadczył, że „Firma ALFA

LAVAL Sp. z o.o. na rzecz PKN Orlen S.A. (...) wykonała budowę stacji odwadniania osadów ściekowych”).

Dokonując oceny dwóch oświadczeń PKN Orlen EKO Sp. z o.o. (pismo z 21 i 25.10.2013r.) to w każdym z nich znajduje się poświadczenie o dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji do odwadniania ścieków dla PKN Orlen S.A. (pismo na wniosek odwołującego z dnia 21.10.2013r. - prowadziła prace związane z dostawą, montażem i rozruchem w/w instalacji do odwadniania ścieków dla PKN Orlen S.A. – natomiast nie prowadziła prac budowlanych oraz pismo wskutek interwencji wykonawcy wybranego z dnia 25.10.2013r. - wykonała budowę stacji odwadniania osadów ściekowych. W ramach tego zamówienia była odpowiedzialna za dostawę urządzeń, nadzór nad montażem i uczestnictwo w montażu, koordynacje wszystkich prac instalacyjnych, budowlanych, dostaw i montażu technologicznych związanych z kontraktem). W obydwu pismach potwierdza się doświadczenie w zakresie stacji odwadniania ścieków. Natomiast okoliczność nie prowadzenia prac budowlanych przy budowie stacji odwadniania ścieków nie stanowi jakiegokolwiek przeszkody do uznania doświadczenia firmy Alfa Laval w zakresie montażu i uruchomieniu stacji odwadniania ścieków co jest równoznaczne z jej budową czy przebudową (prowadziła prace związane z dostawą, montażem i rozruchem w/w instalacji do odwadniania ścieków dla PKN Orlen S.A).

Powyższa ocena stanu faktycznego i prawnego sprawy znajduje odzwierciedlenie w definicji obiektu budowlanego oraz w definicji budowli zawartych w ustawie z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U. 2010r. nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) zgodnie z którymi obiektem budowlanym jest nie tylko budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi ale również budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami (art.3 pkt 1) ustawy) oraz pkt 3 art.3 gdzie przez budowlę należy rozumieć między innymi „oczyszczalnie ścieków” co odpowiada przedmiotowi zamówienia (Modernizacja Oczyszczalni Ścieków). Z powyższego również wynika, że wymagane doświadczenie przez zamawiającego dotyczy nie robót budowlanych związanych z budynkiem tylko robót budowlanych związanych z budowlą.

W związku z powyższym odwołujący w nieuzasadniony sposób zarzucił zamawiającemu, że ten dokonał wyboru oferty wybranego wykonawcy, który powinien być z postępowania wykluczony, a nie dokonał wyboru oferty odwołującego, która winna być oceniona jako oferta najkorzystniejsza, ponieważ otrzymała po wykonawcy wybranym najwyższą liczbę punktów w trakcie czynności oceny i wyboru ofert.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji na podstawie art.192 ust.2 ustawy, ponieważ podniesiony zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy nie wystąpił a w konsekwencji również bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia art.24 ust.2 pkt 3 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w kwocie 20.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego oraz zasadzając od odwołującego kwotę 3567 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Przewodniczący: