

Sygn. akt: KIO 1369/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Justyna Tomkowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 1 lipca 2010 r. wniesionego przez **B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Sikorskiego 2C** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o., 87-100 Toruń, ul. Rybaki 31/35**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Sikorskiego 2C,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Sikorskiego 2C,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 51 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych 00 groszy) przez **B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Sikorskiego 2C,** na rzecz **Zamawiającego Toruńskich Wodociągów Sp. z o.o., 87-100 Toruń, ul. Rybaki 31/35,**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zapłaty opłaty skarbowej

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1369/10

W dniu 1 lipca 2010 roku ODWOŁUJĄCY B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska na podstawie art. 180 ust. 1 i 2, w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „**ustawą Pzp**”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Toruńskich Wodociągów Sp. z o.o., zwanych dalej „**Zamawiającym**” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „**Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody „Mała Nieszawka” Nr K-3/W**” (numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2010/S 55-081420, data zamieszczenia: 16.03.2010) prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie wyrażonej w treści tego przepisu zasady równości i uczciwej konkurencji
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z pkt. 9.1.2. b odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „**SIWZ**”, poprzez brak wykluczenia z postępowania firmy: INTROL S.A., pomimo iż nie wykazała ona spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a konkretnie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do realizacji przedmiotowego zamówienia wymaganego art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp ,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanego doświadczenia,

Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez INTROL S.A.,
- 2) wykluczenie INTROL S.A. z postępowania,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert oraz - w konsekwencji - wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie wybrałby oferty INTROL S.A., lecz wykluczyłby tego wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę. Skutkiem tego, Zamawiający wybrałby ofertę Odwołującego jako wykonawcy jako ofertę najkorzystniejszą, a co za tym idzie, Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla

Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbitcie dowodzi istnienia interesu Odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 Ustawy - legitymuje do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że w dniu 5 maja 2010 r. nastąpiło otwarcie ofert w przetargu nieograniczonym na zadane pn. „**Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody „Mała Nieszawka” Nr K-3/W**”. Zamawiający określił wartość przedmiotowego zamówienia na 23.673.521,72 zł, a więc powyżej progu określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Najtańszą ofertę złożył wykonawca INTROL S.A., na drugim miejscu był Odwołujący.

W dniu 21 czerwca 2010 r. Zamawiający pismem przesłanym faksem poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu przetargu w przedmiotowym postępowaniu, w tym o dokonaniu wyboru oferty INTROL S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego polegającą na wyborze oferty INTROL S.A. jako najkorzystniejszej wskazując, że zachodzą przesłanki wykluczenia INTROL S.A. z przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, w zw. z § 1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zaś jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

1. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty te powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający na podstawie § 1.1 pkt. 2 rozporządzenia o dokumentach zażądał w pkt. 9.1.2 b SIWZ od Wykonawców, aby wykazali się posiadaniem doświadczenia w realizacji inwestycji o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, tzn. wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji obiektów gospodarki wodno - ściekowej o wydajności co najmniej Qdśr = 10 tys. m³/d.

W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku, Wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Na dowód spełniania powyższego warunku INTROL S.A. przedstawił załącznik nr 4 Wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym powołał się na doświadczenie zdobyte podczas „Modernizacji systemu uzdatniania wody przy zbiornikach Lipnik o wydajności Qdśr 40.000 m³/d i Złote Łany o wydajności Qdśr 25.000 m³/d.” Jako daty realizacji powyższej inwestycji wskazano 09.2004 r.-11.2005 r.

W celu potwierdzenia, że roboty zostały wykonane należycie Introl S.A. przedstawił referencję wystawioną w dniu 26.04.2010 r. przez AQUA S.A. w Bielsku Białej stwierdzającą, że wykonawca INTROL S.A. zrealizowała modernizację systemu uzdatniania wody przy zbiornikach Lipnik i Złote Łany polegającą na dobudowie stacji dezynfekcji wody z zastosowaniem technologii opartej na elektrolizie soli kuchennej.

W dniu 15.06.2010 r., w wyniku powziętych wątpliwości Zamawiający zwrócił się do INTROL S.A. z wezwaniem do wyjaśnienia, czy przedstawiona w referencjach inwestycja ma charakter roboty budowlanej w rozumieniu art. 2 pkt. 8 Pzp oraz wyjaśnienie, czy zakres tej inwestycji ma charakter odpowiadający przedmiotowi zamówienia, opisanego w części III SIWZ.

INTROL S.A. w odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiającego udzielił wyjaśnień, w których poinformował, że wskazana inwestycja miała charakter roboty budowlanej w rozumieniu art. 2 pkt 8 Pzp, do realizacji robót potrzebne było pozwolenie na budowę, a zakres inwestycji odpowiada przedmiotowi zamówienia. INTROL S.A. nie przedłożył jednak żadnych dokumentów potwierdzających swoje twierdzenia. W szczególności nie załączył dowodów potwierdzających, że zrealizował roboty budowlane.

W związku z powziętymi wątpliwościami Zamawiający zwrócił się również do Aqua S.A. w Bielsku-Białej o wyjaśnienie „*w związku z wątpliwościami Komisji Przetargowej w zakresie spełnienia wymogu określonego w SIWZ dla powyższej inwestycji*”, czy przedstawiona w referencjach inwestycja ma charakter roboty budowlanej w rozumieniu art. 2 pkt 8 Pzp oraz przekazanie Protokołu Odbioru przedmiotowej inwestycji, z którego jednoznacznie będzie wynikał zakres inwestycji oraz termin jej realizacji (zakończenia).

Pomimo niezyskania wyjaśnień od Aqua S.A., Zamawiający w dniu 21 czerwca 2010 r., pismem przesłanym faksem, poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu przetargu w przedmiotowym postępowaniu, w tym o dokonaniu wyboru oferty INTROL S.A. jako oferty najkorzystniejszej. Powyższą czynność Zamawiającego należy uznać za naruszającą zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Skoro bowiem Zamawiający powziął wątpliwości co do spełniania przez INTROL S.A. warunków

udziału w postępowaniu, o czym świadczą wezwania skierowane do Wykonawcy i wystawcy referencji, to wobec niezyskania żadnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń INTROL S.A. nie powinien podejmować decyzji o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego. Tym bardziej, że z przedstawionych przez Aqua S.A. wyjaśnień wynika, że INTROL S.A. zdobył doświadczenie jedynie w zakresie dostaw.

Czynność wyboru oferty INTROL S.A., w świetle dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu przetargowym, należy uznać za dokonaną z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z pkt. 9.1.2. b SIWZ.

Należy podkreślić, że roboty wskazane przez INTROL S.A. na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu nie są robotami o zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Wskazane w wykazie robót inwestycje polegające na dobudowie stacji dezynfekcji wody są dostawami, i nie spełniają wymogu wskazanego w III części SIWZ. Na podstawie § 1.1 pkt. 2) rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów Zamawiający żąda załączenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. W celu potwierdzenia spełnienia warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu sektorowym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 103 z dn. 2004.06.28 pozycja 30533, wskazane w referencjach przez INTROL S.A. zamówienie obejmowało „dostawę i montaż instalacji i wyposażenia dwóch stacji dezynfekcji wody przy zbiornikach Lipnik i Złote Łany w Bielsku Białej”. Na podstawie zaś art. 6 ust. 2 Pzp *Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalacją dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw*”.

Podobne stanowisko zajęła firma Aqua S.A. w odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu w dn. 22.06.2010 r., w której stwierdza, że inwestycja miała charakter „*dostawy i montażu*”. Do wyjaśnień załączono protokoły odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji dla Stacji dezynfekcji wody -ul. Langiewicza oraz Stacji dezynfekcji wody ul. Witosza.

Jeżeli nawet przyjąć, że Zamawiający dopuścił możliwość posługiwania się referencją na dostawy na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych (czemu przeczą zapisy 9.1.2 b SIWZ), to zgodnie z §. 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów referencja ta powinna potwierdzać wykonania dostaw przez Wykonawcę w ciągu 3 lat przed upływem terminu na złożenie ofert. Biorąc pod uwagę

fakt, że treść SIWZ nie może zmieniać bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, należy stwierdzić, że wykazana referencja jest niezgodna z przepisami ustawy, a zatem oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Odwołujący zwraca uwagę, że z dokumentów złożonych przez Aqua S.A. nie można jednoznacznie określić czy wskazane stacje dezynfekcji wody dotyczą zamówienia „dostawa i montaż instalacji i wyposażenia dwóch stacji dezynfekcji wody przy zbiornikach Lipnik i Złote Łany z zastosowaniem technologii opartej na elektrolizie soli kuchennej”. Nazwa zamówienia publicznego nie występuje na żadnym z protokołów. Do protokołów załączone zostały jedynie informacje dotyczące środków trwałych, które w opinii Odwołującego budzą poważne wątpliwości co do ich autentyczności, i nie poświadczają faktu wykonania tych robót przez INTROL S.A. Na karcie dotyczącej ST 22250 część informacji została zakryta, a wartość wykonanych robót budowlanych została wpisana ręcznie. Dodatkowo na karcie dotyczącej stacji dezynfekcji wody zbiorniki ul. Langiewicza brak jakiegokolwiek podpisu. Należy zwrócić uwagę na fakt, że ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym na dostawy podano wydajność 2220 m³/h dla zbiornika Lipnik oraz 2330 m³/h dla zbiornika Złote Łany, tymczasem na referencjach wskazano wydajności odpowiednio 40.000 m³/d oraz 2500m³/d.

Wątpliwości Zamawiającego powinny budzić również nieścisłości w okresie realizacji przedmiotowej inwestycji określone w załączniku nr 4 do oferty oraz protokołach odbioru robót przedstawionych przez Aqua S.A. W ofercie jako datę ukończenia robót wskazano 11.2005 r. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu objętym referencjami jako termin wykonania wskazano 7 miesięcy, a zatem przy założeniu że umowę podpisano we wrześniu 2004 r. dostawy powinny zostać zakończone do 05.2005 r. Dodatkowo w przekazanych przez Aqua S.A. protokołach odbioru jako termin zakończenia dostaw wskazano 13.01.2006 r.

Pomijając fakt, że INTROL S.A. wykazał jedynie wykonanie dostaw, a nie robót budowlanych, to opóźnienie w wykonaniu robót może świadczyć o ich nieprawidłowej realizacji, co powoduje, że należy uznać, iż INTROL S.A. nie załączył dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W opinii Odwołującego z przedstawionych przez INTROL S.A. referencji nie wynika, że spółka posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia. Dostawy wykazane przez INTROL S.A. obejmowały wykonanie jedynie stacji dezynfekcji wody z zastosowaniem technologii opartej na elektrolizie soli kuchennej. Stacje te stanowią zupełnie odrębne obiekty od zbiorników Lipnik i Złote Łany i dlatego dostawy dotyczące stacji dezynfekcji nie mogą potwierdzać wykonania robót na obiektach gospodarki wodno-ściekowej o wymaganej przez SIWZ wydajności. Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1339/09 „Każdorazowo

warunki udziału winny odnosić się do tego danego przedmiotu zamówienia objętego konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego". Należy zgodzić się również z opinią KIO, że „Referencje służą potwierdzeniu, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, a zatem ich złożenie, co do zasady nie ma na celu potwierdzenia zakresu czy charakteru wykonanych prac, pomimo, iż zazwyczaj zawierają one dodatkową treść ponad informacje pozwalające wyłącznie na identyfikację danego zadania, projektu, usługi itp. Jednakże, na podstawie dodatkowych informacji zawartych w ww. dokumentach, zamawiający ma możliwość, ale zarazem obowiązek, weryfikacji treści innych dokumentów lub oświadczeń złożonych przez wykonawcę. Zamawiający nie powinien zatem podejmować decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty do czasu jednoznacznego wyjaśnienia czy Introl S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jako rażące naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji należy traktować dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przed otrzymaniem odpowiedzi dotyczącej zakresu referencji i protokołów odbioru od firmy Aqua S.A. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 1187/09 wskazuje, że o tym, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie decyduje oświadczenie podmiotów trzecich, ale wykonawcy. Jeśli zamawiający ma wątpliwości, co do takiego oświadczenia, może zwrócić się do innych podmiotów o udzielenie wyjaśnień, ale ich oświadczenia mogą stanowić co najwyżej przesłankę do wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z faktem, że z przedstawionych przez Aqua S.A. wyjaśnień wynika, że INTROL S.A. złożył nieprawdziwe informacje posługując się referencjami dotyczącymi dostaw jako poświadczającymi wykonanie robót budowlanych, nie przedkładając wyjaśnień co do zakresu wykonanych robót oraz wskazując nieprawdziwe daty ich realizacji, a także uwzględniając okoliczność, że do oferty dołączone zostało nieprawdziwe oświadczenie o posiadanej wiedzy i doświadczeniu potwierdzającej warunki udziału w postępowaniu należało stwierdzić, że INTROL S.A. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tym samym, wypełnione zostały przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp.

Mimo posiadania tej wiedzy, Zamawiający nie zastosował jej w stosunku do oferty INTROL S.A. Brak wykluczenia tego wykonawcy mimo zajścia powyższych okoliczności jest naruszeniem nie tylko przepisów Pzp dotyczących wykazywania spełniania warunków, ale także zasady równego traktowania wykonawców, a więc złamaniem dyspozycji art. 7 ust. 1 Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia Wykonawcy znajdującego się przed nim w rankingu ofertowym oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W prowadzonym postępowaniu w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanego doświadczenia o następującym brzmieniu:

„(...) posiadać doświadczenie w realizacji inwestycji o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, tzn. wykonać w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia

postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

- co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji obiektów gospodarki wodno-ściekowej o wydajności co najmniej $Q_{d\dot{s}r} = 10\ 000\text{m}^3/\text{d}$;

- co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji stacji uzdatniania wody.

W odpowiedzi na zadane pytanie „Czy Zamawiający uzna warunek doświadczenia w realizacji inwestycji o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia za spełniony jeżeli przedstawi się referencję na robotę polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji stacji uzdatniania wody o wydajności co najmniej $Q_{d\dot{s}r} 10\ \text{tys. m}^3/\text{d}$?” udzielonej w dniu 7 kwietnia 2010 roku Zamawiający wyjaśnił, iż „Budowa lub przebudowa lub modernizacja stacji uzdatniania wody o wydajności co najmniej $Q_{d\dot{s}r} 10\ \text{tys. m}^3/\text{d}$ spełnia postawiony przez zamawiającego wymóg posiadanego doświadczenia w zakresie realizacji inwestycji o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia – pkt. 9.1.2.b).”

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą umieścił w wykazie robót budowlanych dwie pozycje, które potwierdzać miały warunek doświadczenia postawiony przez Zamawiającego. W pozycji nr 1 wskazano zadanie pn. *Modernizacja ujęcia wody „Trąbowiec” ze stacją uzdatniania wody oraz pompowni „Majówka”*, w pozycji nr 2 zaś umieszczono zadanie pn. *Modernizacja systemu uzdatniania wody przy zbiornikach Lipnik o wydajności $Q_{d\dot{s}r} = 40\ 000\ \text{m}^3/\text{d}$ i Złote Łany o wydajności $Q_{d\dot{s}r} = 25\ 000\ \text{m}^3/\text{d}$.*

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z postawionym w postępowaniu warunkiem nie było przeciwwskazań aby wykonawca wykazując się doświadczeniem nie mógł spełnić warunków wykazując się jedną inwestycją, w której byłyby zawarte wszystkie elementy doświadczenia wymagane przez Zamawiającego. Takie rozumowanie potwierdza również odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania w dniu 7 kwietnia 2010 roku. Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, specyfikację należy czytać łącznie z odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień specyfikacji. Powyższe wyjaśnienia Izba uznała za zgodne z treścią postanowień specyfikacji w powyższym zakresie. Zamawiający nie dokonał w żadnym miejscu zastrzeżenia, że

wykazanie się wymaganym doświadczeniem musi dotyczyć dwóch oddzielnych zadań inwestycyjnych, nie było więc przeszkód, aby wykonawcy pokazali, spełnili wszystkie wymagania jedną inwestycją.

Jeżeli wobec powyższego Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie pozycji nr 1 zamieszczonej w „Wykazie wykonanych robót budowlanych” – *Modernizacja ujęcia wody „Trąbowiec” ze stacją uzdatniania wody oraz pompowni „Majówka”* i potwierdzonej referencjami wystawionymi przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. w Starachowicach, Zamawiający nie miał podstaw do nieuwzględnienia doświadczenia Wykonawcy. Pozycja nr 1 w wykazie i wynikający z niej zakres prac nie była kwestionowana przez Odwołującego. Co prawda, w toku rozprawy Odwołujący podnosił, że nawet gdyby przyjąć taką interpretację, to inwestycja z pozycji nr 1 nie spełnia wszystkich warunków określonych specyfikacją. Izba pragnie zauważyć, że takie stanowisko, po pierwsze stanowi rozszerzenie zarzutów odwołania, którymi Izba związana jest w ich pierwotnym brzmieniu, po drugie zaś nie znajduje uzasadnienia w związku z brzmieniem i zakresem zadania potwierdzonego referencjami.

Odwołujący skupił się na kwestionowaniu pozycji nr 2 w wykazie dotyczącej *Modernizacji systemu uzdatniania wody przy zbiornikach Lipnik o wydajności $Q_{d\dot{s}r} = 40\ 000\ m^3/d$ i Złote Łany o wydajności $Q_{d\dot{s}r} = 25\ 000\ m^3/d$.*

Faktem decydującym dla odwołującego było wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie pozycji nr 2. Według Odwołującego czynność ta świadczyć miała o wątpliwościach Zamawiającego w stosunku do wybranej oferty w zakresie spełniania warunków udziału. W ocenie Izby wniosek ten jest zbyt daleko idący. Co prawda Izba zgadza się z stanowiskiem Odwołującego, że korzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp powinno nastąpić w okolicznościach wyjątkowych, wtedy kiedy złożone przez Wykonawcę dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy lub ich nie złożono albo w sposób oczywisty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest właściwe korzystanie z uprawnień przysługujących Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w każdym przypadku. Nie można jednak z powodu skorzystania przez Zamawiającego z tego uprawnienia wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień lub dokumentów, a w sposób oczywisty wykazał się on w momencie złożenia oferty niezbędnym doświadczeniem określonym w warunkach specyfikacji. Z drugiej strony należy także uznać prawo Zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego i dogłębną analizę ofert.

Jeżeli Zamawiający nie miał wątpliwości co do zakresu pozycji nr 1 i spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, nie powinien był wzywać go do składania jakichkolwiek wyjaśnień ponieważ sytuacja ta mogła spowodować uzasadnione wątpliwości wśród innych wykonawców co do spełniania warunków przez wybranego wykonawcę, do czego zresztą doszło w niniejszym postępowaniu. Jednakże nadużycie uprawnień przez Zamawiającego i skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 nie było zarzutem odwołania.

Co do kwestionowanej pozycji to rzeczywiście należałoby wyjaśnić sytuację i udzielić ostatecznej odpowiedzi, czy wskazane w niej doświadczenie należy uznać za spełniające wymagania Zamawiającego, w sytuacji gdyby okazało się, że pozycja nr 1 jest niewystarczająca do wykazania spełniania warunków. Sytuacja ta jednak nie zachodzi, ponieważ Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zadanie nr 1 było wystarczające do wykazania niezbędnego doświadczenia.

Jednakże, odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że z listu referencyjnego wystawionego przez Aqua S.A. w Bielsku-Białej wynika, że firma Introl S.A. zrealizowała modernizację systemu uzdatniania wody przy zbiornikach Lipnik o wydajności Qdśr 40 000 m³/d i Złote Łay o wydajności Qdśr 25 000 m³/d polegającą na dobudowie stacji uzdatniania dezynfekcji wody z zastosowaniem technologii opartej na elektrolizie soli kuchennej.

Natomiast z wyjaśnień udzielonych w dniu 22 czerwca 2010 roku przez tegoż Zamawiającego wynika, że zgodnie z brzmieniem § 1 zawartej umowy, zamówienie miało charakter dostawy i montażu instalacji i wyposażenia dwóch stacji dezynfekcji wody.

Oświadczenie woli należy tłumaczyć jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku stosunków wynikających z umów, należy je interpretować zgodnie z jego celem i zamiarem stron nie zaś opierać się na dosłownym brzmieniu.

Jeżeli ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika, iż do prowadzenia prac wymagane było pozwolenie na budowę, udzielono pozwolenia na użytkowanie obiektu, zamawiający Aqua S.A. przesłał protokoły odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji, z których wynika, iż prowadzony był na inwestycji dziennik budowy, inwestycja nadzorowana była przez inspektora nadzoru i posiadała kierownika budowy z niezbędnymi uprawnieniami, to nie można zadaniu wykazanemu w pozycji nr 1 w wykazie robót odmówić charakteru roboty budowlanej. Zgodnie z definicją robót budowlanych wynikającą z art. 3 pkt 7 ustawy z

dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane – za roboty budowlane uważa się budowę, prace polegające na przebudowie, **montażu** i remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Dlatego też uzasadnionym jest stanowisko Zamawiającego, że kwestionowana przez Odwołującego pozycja nr 1 z wykazu, również spełnia jego wymagania. Nie można także przychylić się do twierdzeń Odwołującego, złożonych w toku rozprawy, że stacja uzdatniania wody nie jest obiektem gospodarki wodno-ściekowej.

Co do niespójności dotyczących dat i terminów zakończenia robót, to wskazać należy, iż wykonawca Introl S.A. nie był w tym zakresie wzywany do wyjaśnień przez Zamawiającego. Dlatego też oddalić należy wniosek Odwołującego, że wykazanie innych terminów realizacji niż wynikające z zawartej umowy świadczyć może o nieprawidłowej realizacji inwestycji. Odwołujący na poparcie sformułowanej tezy nie przedstawił żadnych dowodów, zaś firma Aqua S.A. w żadnym ze złożonych oświadczeń nie kwestionowała wykazanego przez wykonawcę terminu, tym bardziej nie wskazano nigdzie na nienależyte wykonanie zamówienia. Czynienie zarzutów w stosunku do wybranego wykonawcy należy uznać za niezasadne. Zgodzić się w tym miejscu należy z twierdzeniami Zamawiającego, że Odwołującemu nieznane są przyczyny zmiany terminu, nie wykazano również że zmiana ta konieczna była z winy firmy Introl S.A.

Skoro więc Izba uznała, że wybrany wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu wykazując się niezbędnym doświadczeniem w innej pozycji wykazu robót niż kwestionowana przez Odwołującego to zarzuty zawarte w odwołaniu nie mają wpływu na wynik postępowania, dlatego też zarzut ten Izba postanowiła oddalić. Wobec powyższego Izba uznała, iż w świetle zapisów specyfikacji i złożonych przez strony wyjaśnień nie znalazł potwierdzenia wskazany na wstępie zarzut Odwołującego. Wybrany wykonawca spełnia warunek doświadczenia, a tym samym nie podlega wykluczeniu za postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 lub 4 ustawy Pzp, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PZP oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu Zamawiającego na posiedzenie Izby w łącznej wysokości 3 966,00 zł z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunków. Izba uwzględniła koszty poniesione za opłatę skarbową w wysokości 51,00 zł. Stosownie do treści § 3 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia do kosztów postępowania zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków . Pełnomocnik Zamawiającego złożył do akt sprawy „zestaw uzasadnionych kosztów postępowania zamawiającego”, nie zaś wymagany rachunek. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że nie stanowi rachunku przedłożony przez Zamawiającego spis kosztów.

Przewodniczący:

.....