

Sygn. akt: KIO/UZP 659/10

WYROK
z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**K. T. S. ELPOM**” S.A., 05 - 830 Nadarzyn, ul. Pruszkowska 24 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rawskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o.**, 96 - 200 Rawa Mazowiecka, ul. Juliusza Słowackiego 70 protestu z dnia 25 marca 2010 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Rawskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., 96 - 200 Rawa Mazowiecka, ul. Juliusza Słowackiego 70**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**K. T. S. ELPOM**” **S. A., 05 - 830 Nadarzyn, ul. Pruszkowska 24,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Rawskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., 96 - 200 Rawa Mazowiecka, ul. Juliusza Słowackiego 70** na rzecz „**K. T. S. ELPOM**” **S. A., 05 - 830 Nadarzyn, ul. Pruszkowska 24,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**K. T. S. ELPOM**” **S. A., 05 - 830 Nadarzyn, ul. Pruszkowska 2**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości $Q=7000 \text{ m}^3/\text{d}$ dla miasta Rawa Mazowiecka" wykonawca - K.T.S. Elpom S.A. (zwany dalej „protestującym” lub „odwołującym”) złożył protest na czynności zamawiającego - Rawskich Wodociągów i Kanalizacja Sp. z o.o., polegające na:

1. błędnej ocenie dokumentów złożonych przez protestującego w ofercie oraz złożonych na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa” Pzp), w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 9 ust. 1 ppkt 1) lit a) SIWZ, co spowodowało bezpodstawne wykluczenie protestującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
2. wyborze oferty konsorcjum BUDIMEX S.A. i Cadagua S.A. (zwanego dalej „konsorcjum”) mimo, iż wykonawca ten nie złożył najkorzystniejszej oferty wykonania przedmiotowego zamówienia,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji o wykluczeniu protestującego,
2. unieważnienia decyzji o wyborze oferty konsorcjum,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty protestującego.

W uzasadnieniu protestu protestujący potwierdził, że roboty wykazane przez niego w pozycji 3 i 4 mogły być przez zamawiającego nie uznane z powodu kwoty niższej niż wymagane 10 mln PLN, zakwestionował jednak jednocześnie odrzucenie przez zamawiającego robót przewidzianych w pozycji 1, 5 - 6.

Odnosnie poz. 1 protestujący podniósł, że zamawiający w sposób nieprawidłowy stwierdził, iż kontrakt wskazany w tej pozycji dotyczył oczyszczalni ścieków o przepustowości $Q=4500 \text{ m}^3/\text{d}$ nie przytaczając w związku z tym twierdzeniem żadnego dowodu. Wskazał, iż niespełnienie warunku udziału w postępowaniu należy zawsze udowodnić, powołując się przy tym na wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 80/09.

Podał, że w pozycji 1 w rubryce nazwa zamówienia oświadczył jednoznacznie, iż wykonał rozbudowę i modernizację oczyszczalni ścieków o przepustowości $5\ 000 \text{ m}^3/\text{d}$, wskazując dodatkowo przepustowość średniodobową ($4\ 500 \text{ m}^3/\text{d}$) i maksymalną ($6\ 750 \text{ m}^3/\text{d}$). Zwrócił uwagę, iż sama treść przedstawionego przez protestującego listu referencyjnego zawiera oświadczenie, iż przepustowość wykonanej oczyszczalni wynosi $5\ 000 \text{ m}^3/\text{d}$, a biorąc pod uwagę przepustowość maksymalną - $6\ 750 \text{ m}^3/\text{d}$, czyli więcej niż wymaga w SIWZ.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 26.08.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1043/09 oraz z dnia 13.06.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 531/08.

Podniósł, że brak było podstaw do wezwania protestującego do złożenia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, przyznając jednocześnie, że nie kwestionował - choć mógł - tego wezwania zamawiającego.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 26.08.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1043/09 oraz z dnia 03.03.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09.

W opinii protestującego zamawiający wykluczając go z udziału w postępowaniu przyjął do oceny przepustowość średniodobową, która dla danej oczyszczalni wynosi $4\ 500 \text{ m}^3/\text{d}$, w następstwie czego wysnuł wniosek, że zamawiający zmienił opis sposobu

dokonywania oceny spełniania warunku, o którym mowa w rozdz. 9 ust. 1 ppkt 1) lit a) SIWZ, wyrażający się w bardziej rygorystycznym, niż wynika to z treści SIWZ, sposobie jego oceny.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07.10.2008 r. o sygn. akt: XXIII GA 446/08 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.01.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 72/09.

W podsumowaniu stwierdził, że przyjmując wykładnię literalną warunku, o którym mowa w rozdz. 9 ust. 1 ppkt 1) lit a) SIWZ, zamawiającego powinien bardziej skłaniać się do uznania największej z podanych w złożonych dokumentach przepustowości (maksymalna) niż szukać pretekstu do wykluczenia wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Powołał się na wyrok z dnia 10.06.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 517/08 oraz wyrok Sądu Okręgowego z dnia 06.05.2009 r. o sygn. akt: XII Gal43/09.

Odnosnie poz. 5 protestujący nie zgodził się z interpretacją, iż zamówienie wykonane po wszczęciu postępowania, udokumentowane co do należytego jego wykonania nie może być uznane. W ocenie odwołującego teza ta jest nielogiczna, gdyż oparta jest na stwierdzeniu, iż podmiot, który wykonał po wszczęciu postępowania wymagane rodzaje zamówień nie jest zdolny do wykonania zamówienia, a taki, który wykonał przed wszczęciem postępowania już tak.

Podniósł, że ze zdania drugiego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, wobec czego powoływanie się przez zamawiającego na przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) nie jest w tym zakresie uprawnione, gdyż rozporządzenie jest aktem prawnym niższej rangi i ewentualna kolizja pomiędzy tymi aktami musi być rozstrzygnięta na korzyść ustawy.

Odnosnie poz. 6 protestujący podniósł, że zamawiający błędnie wywodzi, iż kontrakt wskazany w tej pozycji został zakończony po dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, co nastąpiło w grudniu 2009 r.

Wskazał, że z dostarczonej przez niego na wezwanie zamawiającego Decyzji Komisji Rozjemczej z dnia 16.11.2009 r. wynika jednoznacznie, iż datą wydania Świadectwa Przyjęcia Robót w ramach kontraktu „Modernizacja oczyszczalni ścieków” w Grodzisku Mazowieckim, jest 30.07.2009 r., a więc data przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazał także, że zamawiający musi przyjąć datę uwidocznioną w przekazanym mu Protokole odbioru końcowego i przekazania - przyjęcia inwestycji do użytkowania, w którym

w części III w poz. 2 zawarte jest oświadczenie, iż „Przedmiot odbioru został wykonany w okresie od 11.10.2006 r. do 02.10.2009 r. zgodnie z zapisami w Dzienniku Budowy oraz datami z Protokółów Odbioru Robót”.

Podniósł, że zamawiający nie podważa prawdziwości tych danych, a mimo to nie uznaje zadania wykazanego w pozycji 6.

Zamawiający protest odrzucił w zakresie zarzutu bezprawnego wezwania protestującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, gdyż został wniesiony po terminie na jego wniesienie (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

W pozostałym zakresie zamawiający protest oddalił.

Odnosnie pozycji 1 wykazu zamawiający wskazał, że dla tego kontraktu protestujący dołączył List referencyjny, potwierdzający, iż: „Prace zostały wykonane terminowo i z należytą starannością”, a jednocześnie mówiący o tym, że zakres zadania obejmował m.in. prace :„1. Budowę nowego reaktora biologicznego RB i dwóch osadników wtórnych do łącznej przepustowości 5000 m³/dobę wraz z dostawą wyposażenia technologicznego”.

Zamawiający wyjaśnił, że wskazana treść Listu referencyjnego wzbudziła jego wątpliwości, ponieważ warunek zawarty w pkt. 9.1.2)a) SIWZ określał, że przepustowość całej oczyszczalni (a nie urządzeń) ma wynosić min. $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$, wobec czego, zgodnie z przysługującym mu prawem do sprawdzania w toku oceny ofert wiarygodności przedstawionych przez wykonawców dokumentów, oświadczeń, wykazów, danych i informacji (zamawiający powołał się na pkt. 28.3 SIWZ - część I - Instrukcja dla Wykonawców), dotarł do dokumentacji z postępowania przetargowego uruchomionego przez wystawcę tego listu, tj. postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa i modernizacja istniejącej oczyszczalni ścieków we wsi Falenty, Gmina Raszyn” (<http://bip.raszyn.pl>). Podał, że ogłoszenie z dnia 09.05.2006 r. określało, iż przedmiotem zamówienia jest „Rozbudowa i modernizacja istniejącej oczyszczalni ścieków we wsi Falenty Gmina Raszyn o przepustowości $Q_{\text{dśr}} - 1730 \text{ m}^3/\text{d}$ do przepustowości $Q_{\text{dśr}} - 4500 \text{ m}^3/\text{d}$ wraz z uzyskaniem decyzji na jej użytkowanie”. Dodatkowo zamawiający wyjaśnił, że z informacji uzyskanych od podmiotu wystawiającego referencje wynika, iż zgodnie z dokumentacją przetargową, przedmiotem zamówienia była rozbudowa i modernizacja oczyszczalni we wsi Falenty do przepustowości $Q_{\text{dśr}} - 4500 \text{ m}^3/\text{d}$.

Zamawiający wskazał, że w uzupełnionym wykazie w pozycji 1 protestujący ponownie wykazał tą samą robotę, ponownie też wskazał dla niej przepustowość $5000 \text{ m}^3/\text{d}$.

W konsekwencji zamawiający uznał, iż robota ta nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. 9.1.2 a) SIWZ.

Jako niezasadny uznał zamawiający zarzut, że przyjmując dla oceny warunku udziału w postępowaniu przepustowość średniodobową, dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie warunku wynikającego z rozdz. 9.1.2 a) SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, iż jako podstawę oceny spełniania warunku dotyczącego doświadczenia do wszystkich ofert przyjął w SIWZ w rozdz. 9.1.2 a) średnią przepustowość dla oczyszczalni.

Wskazał, że również w tytule postępowania wartość określająca przepustowość oczyszczalni jest średnią przepustowością oczyszczalni dla miasta Rawa Mazowiecka.

Podał, że przepustowość oczyszczalni może być wyrażona w metrach sześciennych na dobę lub w RLM i jest zwykle definiowana w odniesieniu do przepływu średniego i maksymalnego. Podał też, że przepustowość średnia wynika z obliczeń na podstawie uproszczonej kinetyki procesów w warunkach ustalonych gwarantujących w najwyższym stopniu, że ścieki oczyszczone będą spełniać wymogi odnośnie parametrów ścieków oczyszczonych określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz. U. nr 137, poz. 984 z późn. zm), a następnie, że parametr przepustowości oczyszczalni powinien być równy średniodobowej ilości doprowadzanych ścieków przy założeniu, że ścieki z całej aglomeracji, scharakteryzowanej liczbą równoważnych mieszkańców (RLM) zostaną doprowadzone do oczyszczalni, co wynika m.in. z kryteriów przyjętych przez Komitet funkcjonujący przy Komisji Europejskiej Unii Europejskiej ds. dyrektywy 91/271/EWG, a także z art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 z późn. zm.) Dodał, że takie rozumienie zostało również przyjęte w Krajowym Programie Oczyszczania Ścieków Komunalnych opracowanym przez Ministerstwo Środowiska (str. 19).

Odnosząc się do pojęcia przepływu maksymalnego dla oczyszczalni, zamawiający stwierdził, że określa go przepustowość hydrauliczna i przepływ ten nie może być traktowany na równi z parametrem średniej przepustowości oczyszczalni ze względu na bardzo duże rozbieżności pomiędzy wartością przepustowości średniej i maksymalnej (hydraulicznej).

Zamawiający ocenił, że mógł odnosić się podczas badania spełniania warunków udziału w postępowaniu tylko do jednej wartości określającej przepustowość oczyszczalni, za którą powszechnie jest uznawana średnia przepustowość, co jak podkreślił można stwierdzić również na podstawie sposobu formułowania warunków w innych postępowaniach przetargowych, odnoszących się do adekwatnego zakresu robót.

Zamawiający podniósł także, że podana przepustowość dobową oczyszczalni ścieków w powyższym warunku udziału w postępowaniu charakteryzuje wielkość oczyszczalni. Podał, że przepustowość dla każdej oczyszczalni ścieków określona jest

w pozwoleniu wodno prawnym jako przepustowość średniodobowa (ilość ścieków oczyszczona w ciągu roku/ilość dni w roku nie może być większa od przepustowości średniodobowej podanej w pozwoleniu wodno prawnym), natomiast Q max dobowe, które jest również określone w pozwoleniu wodno prawnym mówi o możliwości przekroczenia w danej dobie przepustowości średniodobowej np. w czasie roztopów, ulewnych deszczy, w sytuacjach wyjątkowych.

Zdaniem zamawiającego protestujący, który dla potwierdzenia powyższego warunku podaje dla zrealizowanego zadania budowy / rozbudowy oczyszczalni ścieków Q max dobowe zamiast przepustowości średniodobowej zawyża przepustowość dobową i zarazem wielkość oczyszczalni.

Wskazał, że dla wszystkich innych - jedenastu wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia określony warunek był zrozumiały i oczywisty, a jego literalna treść nie budziła żadnych wątpliwości. Nie wpłynęły bowiem żadne pytania do przedmiotowego punktu SIWZ.

Zamawiający podał, że nie ustalił, aby jakikolwiek inny wykonawca powoływał się na maksymalną przepustowość oczyszczalni na potwierdzenie spełniania warunku wynikającego z pkt. 9.1.2a) SIWZ.

Odnosząc się do treści Listu referencyjnego zamawiający podniósł, że podana tam przepustowość $Q=5000 \text{ m}^3/\text{d}$ nie odnosi się do oczyszczalni tylko do budowy reaktora biologicznego RB i dwóch osadników wtórnych.

Zamawiający wyjaśnił, iż podstawą dla nie uznania przez niego robót wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą (i wykazie uzupełnionym) była wyłącznie ocena treści wykazu, nie zaś dokumentów dołączonych do wykazu na potwierdzenie należytego wykonania robót. Jednak powziąwszy wątpliwość odnośnie prawdziwości podanego parametru przepustowości (średniej), a w związku z tym spełniania przez wykazywaną robotę warunku postawionego przez zamawiającego, miał prawo zweryfikować podane w pozycji 1 wykazu informacje dotyczące przepustowości, w tym sięgając do załączonych referencji wystawionych przez gminę Raszyn.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 26.10.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1290/09 oraz z dnia 26.10.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1200/09.

Odnosząc się do pozycji 5 wykazu zamawiający stwierdził, że wykazana tam robota, zgodnie z tym wykazem, została zakończona po terminie składania ofert, podkreślając, że protestujący faktu tego nie kwestionował.

Wyjaśnił, że wszczął przedmiotowe postępowanie 28.10.2009 r., zaś kontrakt wskazany w pozycji 5 uzupełnionego Wykazu wykonanych robót budowlanych został, zgodnie z tym wykazem, zakończony po dacie wszczęcia niniejszego postępowania,

tj. w grudniu 2009 r., co jest niezgodne z zapisami rozdz. 9.1.2)a) IDW oraz par. 1 pkt. 1 lit 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Podniósł, iż pogląd protestującego, jakoby „zamówienie wykonane po wszczęciu postępowania może być uznane”, jest sprzeczny z literalną treścią rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Powołał się na wyrok KIO z 27.07.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 867/09.

Odnosząc się do kwestii hierarchii aktów prawnych (rozporządzenia i ustawy) oraz powoływania się przez protestującego na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, że nie zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią tego artykułu i § 1 pkt 1 lit 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ponieważ ocena spełniania warunków, dokonująca się na dzień składania ofert dotyczy odcinka czasu, jakim jest okres przed dniem wszczęcia postępowania.

Zdaniem zamawiającego przyjęcie koncepcji prezentowanej przez protestującego prowadziłoby do wykładni nie tylko rozszerzającej warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. 9.1.2)a) IDW zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, ale także wręcz do wykładni sprzecznej wprost z treścią literalną tego warunku.

Odnosząc się do pozycji 6 wykazu zamawiający podniósł, że z załączonego przez protestującego „Protokołu odbioru końcowego i przekazania inwestycji do użytkowania”, cz. III pkt. 9 wynika, że inwestycja została zakończona 02.12.2009 r. (data przejęcia do eksploatacji). Zgodnie z pkt. 2 cz. III wymienionego dokumentu, przedmiot odbioru został wykonany w okresie od 11.10.2006 do 02.10.2009 r.

Zamawiający wskazał, że w dniu 30.12.2009 r. podpisano świadectwo przejęcia, w którym Inżynier stwierdził, iż wymienione w nim roboty zostały zasadniczo wykonane na dzień 01.12.2009 r., z zastrzeżeniem załącznika nr 2 do Protokołu Odbioru Końcowego oraz przekazania inwestycji do użytkowania oraz wyznaczył Okres Zgłaszania Wad.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z subklauzulą 10.2 Warunków Ogólnych Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, wyd. angielsko - polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), wykonawca może wystąpić do Inżyniera Kontraktu o wydanie Świadectwa Przejęcia Robót po tym, jak Roboty będą w opinii wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia. Inżynier wystawia Świadectwo Przejęcia, podając datę, zgodnie z którą Roboty zostały zakończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelką zaległą pracę i wady nie mające wpływu na użycie Robót do przeznaczonego im celu.

Dodał, że z przedstawionego mu dokumentu w postaci decyzji komisji rozjemczej z dnia 16.11.2009 r. nie wynika w żaden sposób termin wystawienia Świadectwa Przejęcia dla całości robót, co mogłoby posłużyć do ustalenia daty zakończenia robót - w pkt. 3 komisja rozjemcza postanowiła bowiem uznać dokonanie przez inspektorów nadzoru potwierdzenia wykonania robót budowlano - montażowych wpisami w Dziennikach Budowy w dniu 30.07.2009 r. za datę wydania Świadectwa Przejęcia Robót.

Na tej podstawie zamawiający stwierdził, iż rozstrzygnięcie komisji dotyczy jedynie części robót, nie zaś całości robót.

W odwołaniu odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wskazanych uprzednio w proteście, ponawiając zarzuty zawarte w proteście.

Dodatkowo:

odnośnie oczyszczalni ścieków wykazanej w pozycji 1 odwołujący wskazał, że zamawiający stwierdzając, iż jako podstawę oceny spełniania warunku dotyczącego doświadczenia do wszystkich ofert przyjął w SIWZ w rozdz. 9.1.2. a) średnią przepustowość dla oczyszczalni potwierdził tym samym, iż w toku przedmiotowego postępowania doszło do zmiany warunku udziału w postępowaniu, w wyniku czego odwołujący się został z tego postępowania wykluczony.

Zdaniem odwołującego określenie „o przepustowości min $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$ ” nie jest tożsame z tym przyjętym przez zamawiającego do oceny warunku, tj. średniodobowej przepustowości min $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$.

Wskazał, że uszczegółowienie przepustowości dokonane przez zamawiającego zawęża możliwość wykazywania spełnienia warunku (w porównaniu w treścią SIWZ) i nie jest oparte na wykładni językowej warunku.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07.10.2008 r. o sygn. akt: XXIII GA 446/08 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.01.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 72/09.

Zwrócił uwagę, że zamawiający sam stwierdził, iż wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji oczyszczalni ścieków o średniodobowej przepustowości min $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$ nie wynika z treści warunku opisanego w rozdz. 9.1.2. a) SIWZ, ale z przepisów prawa nie związanych z treścią opisanego warunku, ani też nie przywołanych do tego warunku w SIWZ.

Podał, że zgodnie z definicją słownika języka polskiego PWN (wyd. naukowe PWN, wyd. IX, Warszawa 1994 r., str. 998) „przepustowość” to „maksymalna zdolność jakiegoś urządzenia, maszyny, arterii komunikacyjnej, budynku itp. do przepuszczenia, przepływu

w określonym czasie pewnej ilości czegoś, pewnej liczby pojazdów, ludzi itp. lub do wyprodukowania pewnej ilości przedmiotów"

Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.12.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1417/08, z dnia 24.10.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1095/08, z dnia 17.10.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1067/08, z dnia 08.10.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1020/08, z dnia 29.10.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1117/08 oraz wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29.12.2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-3012/06.

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż zapis zawarty w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) odnoszący się do okresu wykonania robót budowlanych został zmieniony w nowym rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) - aktualnie zamawiający żąda od wykonawcy wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

W ocenie odwołującego poczyniona zmiana nie ma na celu liberalizacji sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a usuwa wskazaną przed odwołującego niezgodność aktu niższej rangi (rozporządzenia) z treścią ustawy (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ odwołujący się zaoferował w tym postępowaniu najniższą cenę (zgodnie z „Informacją z sesji otwarcia ofert” z dnia

18.01.2010 r. cena 25 605 160,59 zł brutto, którą zaoferował odwołujący w przedmiotowym postępowaniu była ceną najniższą spośród wszystkich 11 złożonych ofert), zaś cena stanowi, zgodnie z rozdziałem 25 pkt 3 części I SIWZ (IDW), jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia opracowaną w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego,
2. Informację z sesji otwarcia ofert z dnia 18.01.2010 r.,
3. Ofertę odwołującego,
4. Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i/lub dokumentów z dnia 24.02.2010 r. (pismo znak: 101/JRP/2010),
5. Odpowiedź odwołującego na w/w wezwanie,
6. Zawiadomienie (ogłoszenie) o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.03.2010 r. (pismo znak: 176/JRP/2010),
7. Protest K.T.S. Elpom S.A. z dnia 25.03.2010 r.
8. Rozstrzygnięcie protestu K.T.S. Elpom S.A. z dnia 08.04.2010 r.,
9. Odwołanie K.T.S. Elpom S.A. z dnia 13.04.2010 r.,
10. Odpowiedź na odwołanie z dnia 22.04.2010 r. (pismo znak: 243/JRP/2010).

Izba ustaliła, że w rozdziale 9 pkt 1 ppkt 2 lit. a IDW zamawiający sprecyzował warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, w tym co najmniej dwoma kontraktami/zadaniami dotyczącymi budowy/przebudowy/rozbudowy oczyszczalni ścieków o przepustowości min $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$ i o wartości robót co najmniej 10 mln PLN netto każdy/każde.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy mieli obowiązek dostarczyć - zgodnie z rozdziałem 10 pkt 1 ppkt 7 IDW - wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot

zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, sporządzony zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem, stanowiącym załącznik nr 5 do IDW.

Protestujący w celu potwierdzenia, że spełnia postawiony warunek doświadczenia złożył w ofercie „Wykaz wykonanych robót budowlanych” (str. 28 - 29 oferty), w którym wskazał dwa zamówienia:

1. Rozbudowę i modernizację oczyszczalni ścieków we wsi Falenty w Gminie Raszyn o przepustowości $5\ 000\text{m}^3/\text{d}$, którego przedmiotem była budowa nowego reaktora biologicznego RB i dwóch osadników wtórnych wraz z dostawą wyposażenia technologicznego; budowa trzech pompowni, rozbudowa i wymiana urządzeń technologicznych, roboty budowlane i instalacyjne oraz wykonanie systemu automatyki i sterowania o wartości robót $11\ 649\ 217,45\ \text{zł}$ netto, zakończonych w marcu 2009 roku (zamawiający: Urząd Gminy w Raszynie),
2. Budowę instalacji do utylizacji osadów ściekowych z instalacją do odwadniania osadów w ramach modernizacji i rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych i przemysłowych dla Radomia o przepustowości $Q\ \text{śrd}\ 36\ 550\ \text{m}^3/\text{d}$ o wartości robót $27\ 573\ 032,31\ \text{zł}$ netto, zakończonych w maju 2009 roku (zamawiający: Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o.).

Do Wykazu odwołujący załączył: odnośnie poz. 1 - List referencyjny z dnia 16.02.2009 r., zaś odnośnie poz. 2 - List referencyjny z dnia 15.06.2009 r.

Pismem z dnia 24.02.2010 r. zamawiający wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia Wykazu wykonanych robót budowlanych, uznając, że z załączonych dokumentów odnośnie poz. 1 nie wynika, że kontrakt dotyczył budowy/przebudowy/rozbudowy oczyszczalni ścieków o przepustowości $Q=4500\ \text{m}^3$.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący przedłożył nowy Wykaz, w którym wskazał sześć zamówień:

1. „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków we wsi Falenty w Gminie Raszyn o przepustowości nowego reaktora biologicznego $5000\ \text{m}^3/\text{d}$, ($Q\ \text{śrd} - 4500\ \text{m}^3/\text{d}$, $Q\ \text{maxd} = 6750\ \text{m}^3/\text{d}$) Falenty Gm. Raszyn" o wartości robót $11\ 649\ 217,45\ \text{zł}$ netto, zakończonych w marcu 2009 (zgodnie z zapisami umowy) luty 2009 (zgodnie z protokołem odbioru robót) (zamawiający: Urząd Gminy w Raszynie),
2. jak w poz. 2 pierwotnego Wykazu,

3. „Budowa obiektów gospodarki osadowo - gazowej Miejskiej Oczyszczalni Ścieków w Biłgoraju o wartości robót 6 694 500,74 zł netto (zamawiający: Urząd Miasta Biłgoraj),
4. „Rozbudowa i remont Miejskiej Oczyszczalni Ścieków w Krasnymstawie o wartości robót 8 136 124,89 zł netto (zamawiający: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.),
5. „Rozbudowa i modernizacja mechaniczno - biologicznej Oczyszczalni Ścieków Miechowice w Bytomiu o przepustowości 7500 m³/dobę, wartości robót ok. 3 197 675,41 zł netto, zakończonych w grudniu 2009 (zamawiający: Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o.),
6. „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków w Grodzisku Mazowieckim" o przepustowości 10 500 m³/dobę, wartości robót 26 505 003,23 zł netto, zakończonych w lipcu 2009 roku, zgodnie z decyzją komisji rozjemczej (zamawiający: Gmina Grodzisk Mazowiecki.

Do uzupełnionego Wykazu odwołujący załączył: odnośnie poz. 1 - Protokół odbioru wykonanych elementów robót z dnia 16.02.2009 r., List referencyjny z dnia 25.02.2010 r., odnośnie poz. 2 - jak w ofercie, odnośnie poz. 3 - List referencyjny z dnia 20.10.2006 r., odnośnie poz. 4 - List referencyjny z dnia 30.06.2006 r., odnośnie poz. 5 - List referencyjny z dnia 11.01.2010 r., odnośnie poz. 6 - Protokół odbioru końcowego i przekazania - przejęcia inwestycji do użytkowania w dniach 02 - 07.12.2009 r., podpisany przez osoby ze strony zamawiającego i odwołującego, Świadectwo Przejęcia Robót z dnia 30.12.2009 r., podpisany przez Kierownika Zespołu Inżyniera kontraktu, Decyzję Komisji Rozjemczej wydaną w dniu 16.11.2009 r.

W toku rozprawy strony wskazywały na następujące fragmenty tych dokumentów:

1. Protokół odbioru końcowego i przekazania - przejęcia inwestycji do użytkowania:
„Przedmiot odbioru został wykonany w okresie od 11.10.2006 do 02.10.2009 zgodnie z zapisami w Dzienniku Budowy oraz datami z Protokołów Robót”
„Użytkownik z dniem 02.12.2009 r. przejmuje do eksploatacji zadanie inwestycyjne pod nazwą: Modernizacja Oczyszczalni Ścieków w Grodzisku Mazowieckim”
2. Świadectwo Przejęcia Robót:
„Całość Robót będących przedmiotem Przejęcia uznaje się za zasadniczo ukończoną na dzień 01 grudnia 2009”

3. Decyzja Komisji Rozjemczej:

„Uznać dokonanie przez inspektorów nadzoru potwierdzenia wykonania robót budowlano - montażowych wpisami do Dziennika Budowy w dniu 30 lipca 2009 roku za datę wydania Świadectwa Przejęcia Robót”

„Wykonawca zgłosił Inżynierowi Kontraktu w dniu 30 lipca 2009 roku do odbioru końcowego obiektu, instalacje i roboty wykonane zgodnie z warunkami kontraktu, projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę (...), dotyczące inwestycji (...)”

„Zmienia się Umowę nr JRP.342/U/1/2006 w ten sposób, że wyłącza się z przedmiotu Umowy modernizację budynku Nr 18 i ustala się odrębny Czas na Ukończenie dla budynku Nr 18 do dnia 30 października 2009 r.”

„Stwierdzone przez Komisję Odbiorową uchybienia i wady mają charakter mniejszej wagi i nie powinny powodować odmowy odbioru przedmiotu Kontraktu, natomiast winny być usunięte w Okresie Zgłaszania Wad”

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że odwołujący nie legitymuje się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Odnosnie roboty budowlanej dotyczącej oczyszczalni ścieków w Gminie Raszyn, zakwestionowanej przez zamawiającego z tego powodu, że przepustowość średniodobowa tej oczyszczalni wynosi 4 500 m³, Izba stanęła na stanowisku, że wykluczenie odwołującego ze względu na taką wielkość tej przepustowości jest niezasadne, ponieważ nie znajduje oparcia w postawionym warunku udziału w postępowaniu.

Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, poparte stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. o sygn. akt: XXIII Ga 446/08, zgodnie z którym „postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci, jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Dlatego też Sąd Okręgowy nie aprobejuje wywodu skarżącego sprowadzającego się w istocie do twierdzenia, że o wymogach doświadczenia zawodowego decyduje przedmiot zamówienia, a nie ścisła redakcja tych wymogów przez Zamawiającego”.

Warunek doświadczenia, w brzmieniu zawartym w rozdz. 9 pkt 1 ppkt 2 lit. a IDW, mówi jedynie o minimalnej przepustowości (podano: $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$), nie precyzując, o jaki rodzaj przepustowości chodzi.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że w treści SIWZ nie wskazał wprost, iż mowa jest o przepustowości średniodobowej. Nie kwestionował także, że w odniesieniu do oczyszczalni ścieków posługiwać się można zarówno przepustowością średniodobową, przepustowością maksymalną dobową, jak i przepustowością maksymalną godzinową. Strony różniły się jedynie co do tego, który rodzaj przepustowości lepiej charakteryzuje oczyszczalnię oraz, która z nich uznawana jest powszechnie jako lepiej charakteryzująca oczyszczalnię.

W ocenie Izby - uwzględniając dopuszczalność jedynie literalnego odczytywania warunku udziału w postępowaniu, w przypadku braku wskazania w treści warunku, o jaki rodzaj przepustowości chodzi, w sytuacji, gdy oczyszczalnie ścieków mogą być opisywane za pomocą wszystkich wskazanych rodzajów przepustowości, uznać należy, że wykonawcy wolno było wykazać żądaną przez zamawiającego wielkość przepustowości, tj. w przedmiotowym postępowaniu $5000 \text{ m}^3/\text{d}$ z powołaniem się na którąkolwiek z tych przepustowości.

Trafnie zatem odwołujący wskazywał w odwołaniu, iż określenie „o przepustowości min. $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$ ” i określenie „o średniodobowej przepustowości min. $Q=5000 \text{ m}^3/\text{dobę}$ ” nie są, z gramatycznego punktu widzenia, tożsame.

Trafnie też podnosił, że żądanie w warunku wykazania przepustowości o wskazanej wielkości i ocena spełniania tego warunku rozumiana jako przepustowość średniodobowa o wskazanej wielkości zawęża możliwość wykazywania spełnienia warunku, a tym samym zawęża krąg podmiotów mogących konkurować o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Izba uznaje też za słuszne stanowisko odwołującego, pozostające w zgodzie z orzecnictwem, iż niejednoznaczność postanowień SIWZ, opracowywanych przez zamawiającego i ewentualne wątpliwości co do sposobu ich rozumienia nie mogą obarczać wykonawcy.

Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego, zaprezentowanego na rozprawie, iżby specyfika przedmiotu zamówienia, z powołaniem się na treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w projekcie budowlanym determinowała sposób odczytywania przepustowości wskazanej w warunku doświadczenia, ponieważ oznaczałoby to wprost niemożność weryfikacji przez potencjalnych wykonawców swojego doświadczenia i podjęcia decyzji o przystąpieniu do udziału w postępowaniu na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu, które zawiera jedynie określenie i - zwłaszcza w przypadku robót budowlanych - lakoniczny, niewyczerpujący opis robót, będących przedmiotem zamówienia.

Nadto Izba wskazuje, że określenie przedmiotu zamówienia jako „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków o przepustowości $Q=7000 \text{ m}^3/\text{d}$ dla Miasta Rawa Mazowiecka” również nie zawierało wskazania, iż chodzi o przepustowość średniodobową.

W sytuacji zatem, gdy odwołujący wskazał, w uzupełnionym Wykazie, że przepustowość maksymalna dobową oczyszczalni ścieków w Gminie Raszyn wynosi $6\,750 \text{ m}^3$, czego zamawiający nie kwestionował, a zatem powyżej żądanej wielkości 5000 m^3 , to uznać należy, że robota, wskazana w poz. 1 odnosząca się do tej oczyszczalni winna być zaliczona w poczet jednej z dwóch robót, których wykazania wykonania żądał zamawiający.

Odnosnie roboty budowlanej dotyczącej oczyszczalni ścieków w Bytomiu (poz. 5 uzupełnionego Wykazu) Izba stanęła na stanowisku, że dyskwalifikowanie tej roboty przez zamawiającego z uwagi na fakt, że została zakończona w grudniu 2009, tj. po dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. 28.10.2009 r. jest, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niedopuszczalne.

W ocenie Izby literalne brzmienie tego przepisu (zdanie drugie) pozwala wykonawcom, wezwanym przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów do przedłożenia również takich dokumentów, które zawierać będą informacje potwierdzające spełnienie warunku doświadczenia po terminie wszczęcia postępowania, byleby jednak nie później niż po upływie terminu składania ofert.

Niewątpliwie przepis ten zamawiający ma obowiązek zastosować na etapie badania i oceny złożonych przez wykonawców ofert pod kątem spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, uwzględniając cel przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec wskazania w tym przepisie innego momentu do którego odnieść należy weryfikację warunku, niż wskazywał to sam warunek, zamawiający musi pominąć ten element warunku pierwotnego, który wynikał z rozporządzenia wykonawczego, mającego zastosowanie na etapie opracowywania treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Izba podziela w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1043/09, na który powołał się odwołujący.

Skoro termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został wyznaczony przez zamawiającego w styczniu, to brak jest podstaw do odmowy zaliczenia doświadczenia wykonawcy, które zdobył on przy wykonywaniu roboty zakończonej w grudniu, tj. przed miesiącem, w którym został wyznaczony termin składania ofert.

Odnosnie roboty budowlanej dotyczącej oczyszczalni ścieków w Grodzisku Mazowieckim (poz. 6 uzupełnionego Wykazu) Izba stanęła na stanowisku, że niezależnie od tego, jaką datę zakończenia tej roboty by przyjąć, to złożone przez odwołującego w wyniku wezwania dokumenty nie potwierdzają, że robota ta została wykonana należycie.

Przedłożone przez odwołującego dokumenty, tj. Protokół odbioru końcowego i przekazania - przyjęcia inwestycji do użytkowania, Świadcstwo Przyjęcia Robót oraz Decyzja Komisji Rozjemczej nie są spójne i pochodzą od różnych podmiotów. W toku rozprawy strony przywoływały różne fragmenty tych dokumentów, oceniając, iż fragmenty te potwierdzają ich stanowiska.

Wobec tych niespójności, stosowania w nich innej siatki pojęciowej oraz faktu, że zostały wydane przez inne podmioty (protokół został podpisany przez strony umowy, tj. Gminę Grodzisk Mazowiecki i odwołującego, Świadcstwo przez Inżyniera Kontraktu, Decyzja przez Komisję Rozjemczą) Izba uznała za zasadne oparcie się na dokumencie pochodzącym od stron umowy, tj. Protokole odbioru końcowego i przekazania - przyjęcia inwestycji do użytkowania.

W protokole tym odwołujący - już po Decyzji Komisji Rozjemczej - zaakceptował fakt, że roboty zostały wykonane z usterkami (dające się usunąć), a nadto, że pozostają do wykonania roboty zaległe (pkt 5), wyszczególnione w załączniku nr 5 do protokołu, w którym też strony podały termin na ich usunięcie i wykonanie (załącznik nr 5 nie został dołączony przez odwołującego do samego Protokołu).

Jakkolwiek samo stwierdzenie usterek nadających się do usunięcia nie stanowi jeszcze o nienależyтым wykonaniu umowy o roboty budowlane, to istotny jest fakt ich terminowego usunięcia, a w przypadku robót zaległych ich prawidłowego wykonania. Takich informacji dokumenty odwołującego nie zawierają, a zatem nie ma możliwości oceny, czy roboty w istocie zostały wykonane należycie.

Fakt, że obiekt odpowiada przeznaczeniu i spełnia wymogi prawa budowlanego oraz nadaje się do odbioru i użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie przesądza, w ocenie Izby, o należyтым wykonaniu umowy (tak też: KIO/UZP 995/08).

Bezsporny między stronami był fakt, że dwie roboty budowlane wskazane przez odwołującego w uzupełnionym na skutek wezwania zamawiającego Wykazie robót budowlanych, tj. pozycje 3 i 4 dotyczące odpowiednio oczyszczalni ścieków w Biłgoraju i Krasnymstawie nie potwierdzały spełnienia warunku doświadczenia, ponieważ wartość żadnej z tych robót nie była równa lub wyższa niż wymagane 10 mln zł (odpowiednio ok. 6,7 i 8,1 mln zł). Odwołujący przyznał to wprost w proteście, stwierdzając: „Protestujący zgadza się, iż roboty wykazane w poz. 3 i 4 mogły być przez Zamawiającego nie uznane,

mimo że bezspornie odpowiadają wymogowi dotyczącemu przepustowości, z powodu kwoty niższej niż 10 mln zł" (str. 2).

Do dnia rozprawy bezspornym również był fakt, że robota wskazana przez odwołującego w pierwotnym wykazie, złożonym na str. 28 - 29 oferty, tj. pozycja nr 2 dotycząca oczyszczalni ścieków dla Radomia (pozycja ta również w Wykazie uzupełnionym została umieszczona pod poz. 2) odpowiadała wymogom i mogła być zaliczona w celu potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia.

Ze strony zamawiającego świadczy o tym to, że w wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 24.02.2010 r. zakwestionował jedynie jedną z dwóch robót wskazanych przez odwołującego w pierwotnym Wykazie, nie wnosząc żadnych zastrzeżeń do pozycji nr 2. Dodatkowo w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wprost oświadczył, że roboty/kontrakt wskazany (przez odwołującego) w pozycji 2 Wykazu wykonanych robót budowlanych uznaje za spełniające warunki.

W stanowisku wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że „zawarte w wykazie robót budowlanych roboty na oczyszczalni ścieków w Radomiu (...) nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego się. Zakres wykonanych robót przez tego wykonawcę był bardzo wąski; obejmował tylko instalacje odwadniania osadu i suszenia osadu z biofiltrem i magazynem osadu wysuszonego, robotami drogowymi i przynależnymi, co w zasadzie nie odpowiada swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia”.

W ocenie Izby twierdzenie to zostało przez zamawiającego sformułowane jedynie na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Zamawiający w ogóle nie precyzował w treści warunku, jakie roboty i w jakim zakresie wykonawcy winni ujmować.

Przede wszystkim jednak Izba stanęła na stanowisku, że to treść protestu wyznacza ramy postępowania odwoławczego i choć strony mogą, aż do zamknięcia rozprawy (art. 188 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp) przytaczać dowody na poparcie swoich twierdzeń, to jednak nie mogą zgłaszać nowych twierdzeń, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia zamawiającego o wniesionym proteście.

Późniejsze (w toku postępowania odwoławczego), niż w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu zgłoszenie przez zamawiającego zarzutów uniemożliwia odniesienie się do nich przez odwołującego (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp) i w konsekwencji orzekanie co do tych zarzutów przez Izbę.

Reasumując, w świetle podstaw wskazanych przez zamawiającego w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Izba uznała, że zamawiający niezasadnie wykluczył

odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby bowiem odwołujący wykazał spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku doświadczenia, ponieważ wykazał należyte wykonanie robót budowlanych ujętych w poz. 1, 2 i 5 Wykazu wykonanych robót budowlanych, złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za spóźniony Izba uznała zarzut niezasadnego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż - jak trafnie wskazywał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu - protest w tym zakresie został wniesiony po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie.

Skoro bowiem wezwanie do uzupełnienia dokumentów nastąpiło pismem z dnia 24.02.2010 r. (z terminem uzupełnienia do 02.03.2010 r., któremu odwołujący sprostął), to objęcie czynności wezwania dopiero protestem z dnia 25.03.2010 r. uchybia dziesięciodniowemu terminowi, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 10, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jednocześnie jednak nie znajdując podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania, skoro w wyniku błędnej decyzji zamawiającego wykluczenia odwołującego, jego oferta zawierająca najniższą cenę (jedyne kryterium oceny) została wyeliminowana i w ogóle nie została poddana ocenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) uznała za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury w maksymalnej wysokości 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....