

**Sygn. akt KIO/UZP 396/09**

**WYROK**  
**z dnia 9 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane EKO-DROGPOL A. Markowski, M. Markowska Sp. j., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego STANDROG Stanisław Król, TAYLOR Sp. z o.o., ul. Partyzantów 32, 23-250 Urzędów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Kraśnik, ul. Lubelska 84, 23-200 Kraśnik** protestu z dnia 11.03. 2009 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Kraśnik, ul. Lubelska 84, 23-200 Kraśnik** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane EKO-DROGPOL A. Markowski, M. Markowska Sp. j., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego STANDROG Stanisław Król, TAYLOR Sp. z o.o., ul. Partyzantów 32, 23-250 Urzędów;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Kraśnik, ul. Lubelska 84, 23-200 Kraśnik** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane EKO-DROGPOL A. Markowski, M. Markowska Sp. j., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego STANDROG Stanisław Król, TAYLOR Sp. z o.o., ul. Partyzantów 32, 23-250 Urzędów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane EKO-DROGPOL A. Markowski, M. Markowska Sp. j., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego STANDROG Stanisław Król, TAYLOR Sp. z o.o., ul. Partyzantów 32, 23-250 Urzędów.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Urząd Miasta Kraśnik, ul. Lubelska 84, 23-200 Kraśnik wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „**Budowa ul. Granicznej w Kraśniku**”, ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2192-2009 z **08.01.2009 r.**

**17.02. 2009 r.** zamawiający wezwał wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „EKO-DROGPOL” sp. j. A. Markowski, M. Markowska, ul. Partyzantów 32, 23-250 Urzędów, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego „STANDROG” Stanisław Król, ul. Rolanda 19, 20-150 Lublin oraz TAYLOR Sp. z o.o., ul. Bursaki 18a, 20-150 Lublin do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia wykonania roboty budowlanej na kwotę co najmniej 1 500 000 zł w zakresie wykonania kanalizacji z rur typu SPIRO (obecnie WEHOLITE).

**23.02. 2009 r.** wykonawca w terminie złożył uzupełnienie dokumentów.

**04.03. 2009 r.** (pisemnie 06.03.2009 r.) zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca konsorcjum PUW-B „WOD-BUD” oraz powiadomił o wykluczeniu wykonawcy konsorcjum „EKO-DROGPOL”, gdyż złożone referencje nie potwierdzały uzyskania wymaganego doświadczenia w zakresie potwierdzenia wykonania roboty budowlanej kanalizacji na kwotę co najmniej 1 500 000 zł z rur typu SPIRO (obecnie WEHOLITE). Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, zamawiający uznał ofertę wykonawcy konsorcjum „EKO-DROGPOL” za odrzuconą.

**11.03. 2009 r.** wykonawca konsorcjum „EKO-DROGPOL” wniósł protest na czynność wykluczenia protestującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów:

art. 7, art. 22, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp

przez bezpodstawne uznanie, że protestujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu nie posiadając niezbędnego doświadczenia. W konsekwencji zamawiający wykluczył protestującego z postępowania, a w związku z art. 24 ust. 4 uznał ofertę protestującego za odrzuconą.

Również wskazuje to na nierówne traktowanie protestującego i pozostałych wykonawców, których mimo wykazania podobnych robót, zamawiający nie wykluczył.

Protestujący wnosi:

- 1) o unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) o powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty protestującego.

Z pisma zamawiającego z dnia 17 lutego 2009 r. znak: ZP.341/1-01-9/09, wzywającego protestującego do uzupełnienia dokumentów, wynika, że cyt.: „Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w układaniu rur bezciśnieniowych PE (dawniej system SPIRO, obecnie WEHOLITE) o sztywności SN8, w szerokim zakresie średnic 400-1000 mm” oraz że Protestujący cyt.: „wykazał się doświadczeniem jedynie w zakresie budowy kanalizacji z rur PE o średnicy 200 mm (dawniej DUO, obecnie WEHODUO), co nie spełnia wymaganego warunku.”

Tymczasem z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści rozdz. VI ust. 2 i uzupełnienia 2 (str. 3 i 4), rozdz. VII ust. 6 (str. 6) specyfikacji i zał. nr 3 do specyfikacji wynika, że aby spełnić warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia należy wykazać się wykonaniem kanalizacji o wartości min. 1,5 mln zł, przy której znalazły zastosowanie, obok innych materiałów, co zważywszy na definicję kanalizacji (kanalizacja to nie tylko rurociąg, ale układ połączonych przewodów i obiektów inżynierskich, także wykonywanych z takich rur) przede wszystkim rury PEHD typ SPIRO. Absolutnie nie wynika natomiast to, co już po otwarciu ofert zamawiający podaje, że wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w układaniu rur kanalizacyjnych wyłącznie ze wskazanych rur.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zamawiający jest obowiązany doprecyzować warunki wynikające z art. 22 Pzp, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wskazać zasady oceny spełniania tych warunków, a następnie dokonać oceny z uwzględnieniem tych zasad. Zamawiający nie podał w specyfikacji, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca musi się wykazać układaniem kanałów z rur SPIRO, na co wskazuje ocena referencji protestującego dokonana przez p. Hannę Gwiazda w piśmie z dnia 26.02.2009 r. Jeśli zamawiający miał taką wolę, to powinien ją wyrazić w specyfikacji. Zamawiający nie zrobił tego. Postanowienia specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu zarówno w odniesieniu do kanalizacji deszczowej jak i sanitarnej, nie odnoszą się wyłącznie do układania kanałów lecz do kanalizacji. Zamawiający, stosownie do przepisów Prawa zamówień publicznych nie może oceniać spełniania warunków udziału w postępowaniu według nie zapisanych w specyfikacji intencji.

Protestujący w swoim piśmie z dnia 23 lutego 2009 r., wystosowanym do zamawiającego w związku z wezwaniem protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie tych warunków oraz wykazał bezprawność próby modyfikacji specyfikacji już po otwarciu ofert.

Zamawiający stwierdził, że złożone referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ zawierają dane dotyczące wykonania kanalizacji o średnicach 200 mm (rury DUO), natomiast zgodnie ze specyfikacją należało wykazać się doświadczeniem w wykonaniu kanalizacji z rur SPIRO (obecnie WEHOLITE).

Protestujący za sprawą dokumentów załączonych do ww. pisma z dnia 23.02.2009 r., potwierdził, że w wykazie złożonym w ofercie wraz z referencjami zostało wymienione zadanie wykonane z zastosowaniem rur PEHD WEHODUO i WEHOLITE (SPIRO). Przy czym wartość wykonania kanalizacji w części, w której zostały zastosowane te rury, przekraczała wartość 1,5 mln zł. Wartość całego zadania wyniosła 6 413 700,33 zł. Protestujący wykazał się zatem wymaganym doświadczeniem. Nie ma więc podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający naruszył art. 7 Pzp.

Referencje załączone przez wykonawcę konsorcjum Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Kraśniku i AMAR Sp. z o.o. w Lublinie nie wykazują, że w zadaniu zastosowanie miały rury SPIRO. Sposób opisu rur w referencjach wskazuje, że mogły mieć zastosowanie rury PEHD jednego z wielu producentów, tymczasem jest tylko jeden producent rur SPIRO. Mimo to zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i nie wykluczył go z postępowania.

Jeśli natomiast chodzi o ofertę wykonawcy konsorcjum „WOD-BUD”, to protestujący podnosi, że referencje wskazują, iż zastosowano rury o średnicy 300 do 500 mm, gdy tymczasem zgodnie z pismem zamawiającego, wzywającego protestującego do uzupełnienia dokumentów wynika, że należało wykazać się doświadczeniem w układaniu rur w szerokim zakresie średnic: od 400 do 1000 mm. Mimo to zamawiający także nie wezwał tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i nie wykluczył go z postępowania.

**16.03. 22** wykonawca konsorcjum WOD-BUD przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przedmiot zamówienia został dokładnie opisany w projekcie budowlano-wykonawczym. dlatego protestujący powinien załączyć do oferty tylko referencje w odniesieniu do rur PEHD typ SPIRO głównie o średnicach 1000 mm (967,5 mb) i 800 mm (356,5 mb). Studnie kanalizacyjne powinny być żelbetonowe.

Rury WEHODUO to rury polietylenowe, dwuwarstwowe o średnicach 110-400 mm. Rury SPIRO to lekkie rury polietylenowe o budowie spiralnej i podwójnej ściance produkowane w średnicach 300-3000 mm.

**18.03. 2009 r.** zamawiający powiadomił o oddaleniu protestu.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 oraz rozdziałem VII ust. 6 specyfikacji zamawiający wymagał dokumenty potwierdzające, że wykonawca wykonał co najmniej 1 zadanie o

wartości min. 2,5 mln zł w zakresie budowy dróg o nawierzchni bitumicznej lub chodników i ścieżek rowerowych o nawierzchni z kostki brukowej oraz co najmniej 1 zadanie w zakresie kanalizacji deszczowej lub sanitarnej o wartości min. 1,5 mln zł (rury PEHD typ SPIRO) – potwierdzone referencjami.

Zdaniem zamawiającego protestujący nie wykazał potwierdzenia spełnienia warunku posiadania doświadczenia w budowie kanalizacji deszczowej lub sanitarnej o wartości min. 1,5 mln zł (rury PEHD typ SPIRO), którego wymagał zamawiający.

Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w układaniu rur kanalizacji bezciśnieniowej PE (dawniej system SPIRO, obecnie WEHOLITE) o sztywności SN8, w szerokim zakresie średnic 400-1000 mm. Ze złożonych dokumentów wynika, że Wykonawca może wykazać się doświadczeniem jedynie w zakresie budowy kanalizacji z rur PE o średnicy 200 mm (dawniej DUO, obecnie WEHODUO), co nie potwierdza spełnienia warunku postawionego w specyfikacji.

17.02.2009 r. wykonawca został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów do dnia 23.02.2009 r. Z dokumentów dostarczonych przez protestującego w dniu 23.02.2009 r. nie wynika że może on wykazać się doświadczeniem w budowie kanalizacji deszczowej lub sanitarnej z rur PEHD typu SPIRO, potwierdza to pismo Stowarzyszenia Inżynierów Techników Komunikacji Rzeczpospolitej Polskiej, które jednoznacznie stwierdza, że cyt. „W referencjach przedstawionych przez wykonawcę TAYLOR podano dane dotyczące układania kanałów o średnicach do 200 mm (rury DUO) natomiast zgodnie ze specyfikacją należało podać dane dotyczące wykonywania kanałów z rur SPIRO (obecnie WEHOLITE)”. Zgodnie z pismem Stowarzyszenia rury DUO o średnicach do 200 mm mogą być stosowane jedynie do podłączenia wpustów deszczowych. Sieć deszczowa w ul. Granicznej w Kraśniku została zaprojektowana z rur o dużych średnicach, przede wszystkim 800 mm (356,5 mb) i 1000 mm (967,5 mb). Ponadto zgodnie z projektem budowlanym studnie kanalizacyjne w ul. Granicznej mają być wykonane z kręgów żelbetowych. Z referencji dostarczonych przez protestującego wynika, że zakres robót obejmował układanie rurociągów z rur o maksymalnej średnicy 200 mm, natomiast studnie kanalizacyjne były układane z rur polietylenowych. W związku z powyższym zamawiający uznał, że protestujący nie spełnia warunków ustanowionych w specyfikacji.

Zdaniem zamawiającego protestujący niesłusznie podnosi zarzut zmiany treści specyfikacji w trakcie badania ofert. W projekcie budowlano-wykonawczym stanowiącym integralną część specyfikacji mowa jest o kanałach deszczowych z rur PEHD typu SPIRO oraz o studniach żelbetowych. W związku z powyższym wydaje się być jasnym, że protestujący powinien udokumentować doświadczenie w układaniu kanałów deszczowych z tego typu rur oraz studni z kręgów żelbetowych.

W swoim proteście, protestujący stwierdza, że zamawiający naruszył art. 7 Pzp nie wzywając pozostałych uczestników postępowania do uzupełnienia referencji. W ocenie zamawiającego pozostali wykonawcy wykazali się referencjami potwierdzającymi doświadczenie w układaniu kanalizacji deszczowej z rur PEHD typu SPIRO. W referencjach tych zadania obejmowały wykonanie kanałów deszczowych z rur PEHD SN8 o średnicy większej niż 300 mm, a więc o średnicach, w których występują rury typu SPIRO (średnica 300-1000 mm).

**24.03. 2009 r.** wykonawca konsorcjum: „EKO-DROGPOL” wniósł odwołanie. Odwołujący postawił w zasadzie te same zarzuty co w proteście.

Odwołującego wniósł o:

- 1) o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Zamawiającego stwierdził, że odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w układaniu rur kanalizacji bezciśnieniowej PE (dawniej SPIRO, obecnie WEHOLITE) o sztywności SN8, w szerokim zakresie średnic 400-1000 mm, bowiem ze złożonych dokumentów wynika, że posiada doświadczenie jedynie w budowie kanalizacji z rur o średnicy 200 mm (dawniej DUO, obecnie WEHODUO), co potwierdza pismo Stowarzyszenia Inżynierów Techników Komunikacji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zdaniem odwołującego zarzut zamawiającego nie jest oparty na prawdzie. Odwołujący wykazał się wykonaniem zadania z zastosowaniem rur SPIRO. Potwierdzają to dokumenty złożone wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania do uzupełnienia. Referencje odwołującego załączone do oferty wyraźnie wskazują, że przy wykonaniu kanalizacji zostały zastosowane również rury PEHD typ SPIRO wymienione w specyfikacji, nadto specyfikuje ona przy jakich elementach kanalizacji zostały użyte. Jest ona bardzo szczegółowa, ale nie może to negatywnie wpływać na ocenę oferty odwołującego.

Tym bardziej, iż po otwarciu ofert, używany przez zamawiającego argument, aby to wyłącznie jeden z elementów kanalizacji, do którego w materiałach zgromadzonych w przedmiotowym postępowaniu używa się terminów: rurociąg, kanał lub sieć, był wykonany z rur SPIRO, nie został ustanowiony w specyfikacji. Warunek odnosi się do kanalizacji, a nie wybiórczo do poszczególnych jej elementów. Uszczegółowiony warunek pojawił się dopiero w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 17 lutego 2009 r., na co wskazuje wspomniana przez zamawiającego opinia Stowarzyszenia z dnia 26 lutego 2009 r., oraz pismo z dnia 16 lutego 2009 r. i oznacza niedozwolone działanie zamawiającego polegające na dokonywaniu badania ofert w sposób inny niż przedstawiony w specyfikacji.

Odwołującego zaznacza, że jeśli zamawiający nie był zainteresowany szczegółowością danych zawartych w referencjach, na co wskazuje brak uwag do takich dokumentów złożonych przez pozostałych wykonawców, to w wyniku uzupełnienia dokumentów przez odwołującego otrzymał takie dokumenty również od niego i powinien je uwzględnić w ocenie.

Uzupełnione przez odwołującego dokumenty wyraźnie wskazują, że przy wykonywanej kanalizacji były stosowane rury PEHD typu SPIRO. Nadto opinia Stowarzyszenia odnosi się jedynie do dokumentów załączonych do oferty, wyraźnie wskazując, że zamawiający przesłał mu jedynie referencje z dnia 09.04.08, tj. te załączone do oferty, a nie uzupełnione w wyniku wezwania, ponadto zamawiający ustosunkowuje się tylko do jednego z elementów referencji i jednego z elementów kanalizacji, w tym przypadku również określanego siecią lub kanałami. Pomijając pozostałe elementy kanalizacji wykonywane także z rur PEHD typu SPIRO, tj. studzienek.

Sieć deszczowa w przedmiotowym postępowaniu została zaprojektowana z rur o dużych średnicach, przede wszystkim 800 mm i 1000 mm, zaś studnie kanalizacyjne zgodnie z projektem budowlanym mają być wykonane z kręgów żelbetowych Tymczasem, jak twierdzi zamawiający, cyt.: „z referencji dostarczonych przez Wykonawcę wynika, że zakres robót obejmował układanie rurociągów z rur o maksymalnej średnicy 200 mm, natomiast studnie kanalizacyjne były układane z rur polietylenowych. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie spełnia warunków zapisanych w specyfikacji.”.

Zamawiający wskazał przy tym, iż z uwagi na przepis § 1 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. W związku z czym niesłuszny jest zarzut zmiany treści specyfikacji w trakcie badania ofert, cyt. „W projekcie budowlano-wykonawczym, stanowiącym integralną część specyfikacji mowa jest o kanałach deszczowych z rur PEHD typu SPIRO oraz studniach żelbetowych. W związku z czym wydaje się być jasnym, że wykonawca powinien udokumentować doświadczenie w układaniu kanałów deszczowych z tego typu rur oraz studni z kręgów żelbetowych.”.

Również te twierdzenia zdaniem odwołującego mijają się z prawdą oraz potwierdzają niedozwoloną modyfikację specyfikacji już po otwarciu ofert, dokonywaną wyłącznie na użytek badania i oceny ofert, a nadto bardzo wybiórczo i w odniesieniu wyłącznie do oferty odwołującego się, co wskazuje również na nierówne traktowanie wykonawców.

Po pierwsze, nie jest prawdą, że w przedmiotowym postępowaniu sieć została zaprojektowana wyłącznie z rur o dużych średnicach, przede wszystkim 800 mm i 1000 mm,



zaś studnie kanalizacyjne zgodnie z projektem budowlanym mają być wykonane z kręgów żelbetowych. Wynika to w szczególności z następujących dokumentów:

- 1) w pkt 7.1. (str. 3) Projektu budowlano-wykonawczego, stanowiącego integralną część specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu, zostało postanowione, cyt.: „Projektowaną sieć deszczową należy wykonać z rur bezciśnieniowych PEHD o średnicach 200, 400, 500, 800, 1000 mm łączonych przez spawanie lub na złączki, o sztywności obwodowej SN=8kN/m<sup>2</sup> firmy np. KWH Pipe, Uponor Polska.”, a więc w zadaniu nie tylko występują rury o mniejszych średnicach, ale też dopuszczony jest inny producent tj. Uponor Polska, niż wyłączny producent rur SPIRO, tj. KWH Pipe;
- 2) w pkt 24 książki przedmiarów, stanowiącej integralną część Projektu, zostało zapisane, cyt. „Kanały z rur PEHD bezciśnieniowe typ DUO, SN8 DN 200 (200/172) 318”;
- 3) w dokumencie „Profil podłużny sieci i przykanalików kanalizacji deszczowej w ul. Granicznej na odcinku od ulicy Krasińskiego do ulicy Wyspiańskiego”, stanowiącej integralną część specyfikacji, zostały przewidziane do wykonania w przedmiotowym zadaniu również studnie z rur PEHD, a więc nie tylko z kręgów żelbetowych;
- 4) specyfikacja techniczna stanowiąca integralną część specyfikacji nie przewiduje rur SPIRO.

Po drugie, obecnie prezentowane stanowisko Zamawiającego, że to treść Projektu budowlano-wykonawczego decyduje o sposobie dokonywania przez niego oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, wyraźnie wskazuje, że zamawiający:

- 1) sam przyznaje, że dokonuje oceny w sposób nie zawarty w specyfikacji – ta nie określa, że zamawiający będzie dokonywał oceny spełniania warunków udziału z uwzględnieniem treści Projektu budowlano-wykonawczego i to wyłącznie w odniesieniu do części kanalizacji tj. wg używanej przez zamawiającego terminologii – kanałów (rurociągu, sieci);
- b) posługuje się inną treścią Projektu budowlano-wykonawczego, niż stanowiący element specyfikacji, tym samym pomija fakt, iż skoro Projekt stanowiący integralną część specyfikacji, przewiduje wykonanie sieci także z rur o mniejszych średnicach, a studni także z rur PEHD, to kierując się jego wskazaniem, wyłącznie oferta odwołującego potwierdza doświadczenie w pełnym zakresie – oferta wybrana wskazuje jedynie na wykonanie sieci z rur PEHD SPIRO i to tylko o średnicach w zakresie 500-300 mm, zamiast, jak podaje zamawiający (jak również wybrany wykonawca w przyłączeniu się do protestu), o większych średnicach 400-1000 mm, a zwłaszcza o średnicach 1000 mm i 800 mm, co przy konsekwentnie stosowanej przez zamawiającego terminologii powinno skutkować co najmniej wezwaniem

wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów o takie, które wykażą doświadczenie w wykonywaniu również studni z rur PEHD SPIRO oraz kanałów o większych, niż w referencjach średnicach, a w razie ich braku, wykluczeniem tego wykonawcy. Podobnie zamawiający powinien się zachować w odniesieniu do trzeciego z wykonawców, który w ofercie wskazał jedynie na rury PEHD, które, jak to zostało podniesione w proteście, wcale nie muszą być typu SPIRO. Tymczasem zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z jednej strony stwierdza, że pozostali wykonawcy wykazali się referencjami potwierdzającymi doświadczenie w układaniu kanalizacji deszczowej z rur PEHD typu SPIRO, z drugiej zaś wskazuje, że nie ma podstaw do powtórzenia czynności oceny ofert, ponieważ wykonawca konsorcjum PDM S.A. do dnia 09.3.2009 r. nie przedłużył terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium. Na marginesie odwołujący dodaje, że zamawiający nie wzywał do takiego przedłużenia.

Po trzecie, zamawiający nie wykazuje konsekwencji również w ocenie uzupełnionych dokumentów. Z jednej strony całkowicie pomija w ocenie uzupełnione dokumenty, z drugiej zaś przyznaje fakt uzupełnienia i decyduje o zwrocie wadium.

Tym samym zamawiający ignoruje fakt, iż dokumenty złożone przez odwołującego w reakcji na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w przedmiotowym zakresie swojej ogólnikowości są porównywalne z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie robót w przedmiotowym zakresie, złożonym przez wykonawcę, którego oferta została wybrana. Jest natomiast oczywistym, że skoro w ocenie zamawiającego, dokument wybranego wykonawcy potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to tym bardziej spełnianie tego warunku potwierdzają dokumenty złożone na potwierdzenie spełniania tego warunku przez odwołującego. powyższe wskazuje, że zamawiający pomijając pełną treść dokumentów złożonych przez odwołującego oraz dowolnie modyfikując w trakcie badania i oceny ofert treść specyfikacji zmierza, z naruszeniem wskazanych przepisów Prawa zamówień publicznych, do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta nie jest najkorzystniejsza. W konsekwencji, zważywszy na przepis art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy godzi się na to, że umowa ewentualnie zawarta z wybranym wykonawcą, byłaby nieważna.

**Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron.**

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu pierwszego – bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą – skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przychylił się do zarzutu stwierdzając, że zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający wszczynając postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa ul. Granicznej w Kraśniku” w rozdz. VI ust. 2 i uzupełnienia 2 (str. 3 i 4), rozdz. VII ust. 6 (str. 6) specyfikacji i zał. nr 3 do specyfikacji „Oświadczenie wykonawcy [...] Wykaz prac wykonanych w ostatnich pięciu latach [...]” postawił warunek wykazania co najmniej jednego zadania cyt.: „w zakresie kanalizacji deszczowej lub sanitarnej o wartości min. 1,5 mln zł (rury PEHD typ SPIRO) [...]”. Zamawiający nie doprecyzował nigdzie tego warunku. W związku z tak sformułowanym warunkiem odwołujący już do pierwotnie złożonej oferty dołączył referencje wystawione 28.01.2009 r. przez ONNINEN Sp. z o.o., ul. Emaliowa 28, 02-295 Warszawa. Z referencji tych wynika, że współkonsorcjant wykonawcy (Taylor Sp. z o.o.) wykonywał roboty z wykorzystaniem rur i złączy WEHOLITE (dawniejsza nazwa SPIRO) – str. 51 oferty.

17.02. 2009 r. zamawiający – powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp – wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty jednocześnie doprecyzowując warunek, cyt.: „Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w układaniu rur kanalizacyjnych bezciśnieniowych PE (dawniej system SPIRO, obecnie WEHOLITE) o sztywności SN8, w szerokim zakresie średnic 400-1000 mm.”.

Odwołujący uzupełnił ofertę i złożył w wyznaczonym terminie dokumenty, z których wynikało, że budowa kanalizacji sanitarnej, której wykonawcą był odwołujący, cyt.: „została wykonana w technologii KWH PIPE z zastosowaniem rur PEHD WEHODUO i WEHOLITE (SPIRO).”.

Pismem z 04.03. 2009 r. zamawiający o poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Zamawiającego stwierdził, że cyt. „załączone dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zawartych w SIWZ.”. Na tę czynność odwołujący złożył protest, a później – po oddaleniu protestu – odwołanie.

Nie może zasługiwać na aprobatę postępowanie zamawiającego, który po terminie składania ofert uściślił wymogi postawione bardzo ogólnie w specyfikacji i na podstawie tych uściśleń, poparty pismem z 26.02. 2009 r. Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w Lublinie, wykluczył odwołującego.

Wykonawca wykazał, że spełnił pierwotnie postawiony warunek w specyfikacji wykonania jakichkolwiek robót z użyciem rur SPIRO (obecnie WEHOLITE), a tak zdaniem składu orzekającego Izby należało odczytać postawienie w specyfikacji w nawiasie wyrazy „rury PEHD typ SPIRO”. Gdyby zamawiającemu zależało na specjalnym wykazaniu wykonania takich robót mógłby to w sposób bardziej szczegółowy określić w specyfikacji i to przed terminem składania ofert. Zamawiającego mógł wymagać np. wykazania wykonania odpowiedniej długości kanalizacji, wykazania odpowiedniej średnicy zastosowanych rur, wykazania twardości rur, wykazania wartości samych materiałów, wykazania stosowanych łączy poszczególnych odcinków rur złączkami czy spawaniem, wykazania kąta nachylenia w stosunku do poziomu, aby wyeliminować wykazywanie wykonania studzienek, ale nie uczynił tego w specyfikacji ograniczając się tylko do stwierdzenia zawartego w nawiasie cyt.: „w zakresie kanalizacji deszczowej lub sanitarnej o wartości min. 1,5 mln zł (rury PEHD typ SPIRO) [...]”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie doprecyzował wymogów odnośnie spełnienia warunku wykazania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zamawiający nie może żadnych warunków ani innych postanowień specyfikacji doprecyzowywać w zakresie niekorzystnym dla wykonawców. Dlatego już żądanie uzupełnienia dokumentów, zgodne z treścią przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, było problematyczne gdyż odwołujący w pierwotnie złożonej ofercie wykazał, że wykonywał roboty w wymaganej technologii, jednak nie było ono rozpoznawane, gdyż nie było przedmiotem zarzutu.

W związku z powyższym skład orzekający Izby przychylił się do zarzutu odwołującego, stwierdzając, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania i następnie uznał jego ofertę za odrzuconą. Tą czynnością zamawiającego naruszył przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, a co za tym idzie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i nierównego traktowania odwołującego i pozostałych wykonawców, których mimo wykazania podobnych robót, zamawiający nie wykluczył – skład orzekający Izby przychylił się do zarzutu stwierdzając, że zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający bliżej nie badał pozostałych ofert, stwierdzając, że wykazane w nich cechy wykonanych robót uzasadniają dopuszczenie tych wykonawców do postępowania, natomiast mimo, że odwołujący wykazał (w sposób mniej lub bardziej szczegółowy niż pozostali wykonawcy), że cyt.: „wykonywał roboty w zakresie kanalizacji deszczowej lub sanitarnej o wartości min. 1,5 mln zł (rury PEHD typ SPIRO)”, jego oferta została odrzucona.

Wobec tego skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu odwołującego, stwierdzając, że zamawiający w różny sposób podszedł do ofert wykonawców i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, w związku z czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, a co za tym idzie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przyznano kwotę 3 600 zł stosownie do § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*