

Sygn. akt: KIO/UZP 553 /08

WYROK
z dnia 19 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu 19 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**AMAR**” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Skierbieszów, 22-420 Skierbieszów, ul. Rynek 1** protestu z dnia 20 maja 2008 r.

przy udziale **Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., 20-445 Lublin, ul. Zemborzycka 53** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Skierbieszów, 22-420 Skierbieszów, ul. Rynek 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **„AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Skierbieszów, 22-420 Skierbieszów, ul. Rynek 1** na rzecz **„AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1**

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

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą: „Budowę kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej dla miejscowości Skierbieszów - etap I”, zostało wszczęte przez Gminę Skierbieszów, ul. Rynek 1, 22-420 Skierbieszów zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem ogłoszenia: 74715-2008 w dniu 11.04.2008 r.

W dniu 16.05.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania, w tym: „AMAR” Sp. z o. o., ul. Energetyków 1, 20-447 Lublin zwanym dalej: „AMAR” Sp. z o. o.” albo „Protestującym lub Odwołującym” informacje o wyborze oferty

najkorzystniejszej (pismo z dnia 13.05.2008 r.) Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. w Lublinie zwanego dalej: „Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o.”. Na drugim miejscu w ocenie ofert zajęła oferta WODROL Sp. z o.o. w Lublinie zwanego dalej: „WODROL Sp. z o.o.”. Na trzecim miejscu w rankingu zajęła oferta AMAR Sp. z o. o.

W dniu 20.05.2008 r. faxem AMAR Sp. z o. o., wniosło na podstawie art.179 ust.1 i art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp” protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o.,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania WODROL Sp. z o.o.;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia niezgodnej z ustawą oferty WODROL Sp. z o.o.;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców.

Zarzucając naruszenie ww. przepisów, Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu oraz: 1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o.,

2. powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu i w jej wyniku:
 - a) wykluczenie z postępowania Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. ,
 - b) wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty wykonawcy: WODROL Sp. z o.o. ,
 - c) dokonanie wyboru oferty Protestującego - AMAR Sp. z o.o.

Protestujący uważa, iż ma interes prawny w niniejszym postępowaniu, albowiem złożył ofertę w pełni zgodną z SIWZ, jest to oferta ważna w rozumieniu prawa, a po uwzględnieniu zarzutów stanie się ofertą najkorzystniejszą i Protestujący będzie miał realne szansę wygrania ww. postępowania (art. 179 ust. 1 Pzp).

Protestujący stwierdził, iż po dokonaniu badania ofert ujawnił, że ww. Wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V SIWZ. Ponadto oferta WODROL Sp. z o.o. jest niezgodna z ustawą.

Odnosząc się do zarzutów do oferty Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich Sp. z o.o. stwierdził, co następuje:

Po pierwsze, zgodnie z pkt V pkt 1a SIWZ, w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełnią następujące warunki i złożą potwierdzające je dokumenty tj.: „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (czyli 2 zadania, których przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej), potwierdzone dokumentami, że roboty te zostały wykonane należycie. Wykonawca sporządzi i dołączy do oferty wykaz robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania na druku Doświadczenie zawodowe zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ i załączy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień”.

Po drugie, w wykazie robót budowlanych załączonym do oferty wybranej wskazano 5 zadań obejmujących budowę kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej, w tym dwie roboty (budowa kanalizacji podciśnieniowej zlewnia nr 1 - I etap w Dęblinie oraz na budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej w ul. Piłsudskiego w Dęblinie) odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (wykonane w takiej samej technologii jak przedmiot zamówienia). Tylko jedna z wykazanych robót (budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej w ul. Piłsudskiego w Dęblinie o wartości 3.919.514,- PLN) odpowiada swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Po trzecie, pozostałe roboty - co wynika wprost z treści referencji załączonych do oferty, zdaniem Protestującego - mimo że dotyczą budowy kanalizacji sanitarnej nie odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, gdyż wykonane są w innej technologii tj. nie zastosowano przy ich budowie zaworów podciśnieniowych. Ocena „rodzaju wykonanych robót”, zdaniem Protestującego winna być dokonana na podstawie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt III SIWZ.

Reasumując, Protestujący stwierdza, iż Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Sp. z o.o. nie spełniło warunku udziału w postępowaniu tj. nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 2 zamówień (budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej) odpowiadających swoim rodzajem i wartością, robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wobec powyższego,

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10) Pzp Wykonawca taki, jego zdaniem powinien być wykluczony z postępowania, a na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp jego oferta odrzucona.

Odnosząc się do zarzutów do oferty WODROL Sp. z o.o. stwierdził, co następuje:

Po pierwsze, tak jak Protestujący wskazał już wcześniej, zgodnie z pkt. V pkt. 1a SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w wykonaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Minimalny wymóg doświadczenia to wykonanie 2 zadań, których przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej.

Po drugie, w wykazie robót budowlanych załączonym do oferty WODROL Sp. z o.o. wskazano 20 zadań obejmujących głównie budowę sieci wodociągowych i cztery sieci kanalizacyjne podciśnieniowe. Tylko jedna robota, zdaniem Protestującego (na budowę sieci kanalizacji podciśnieniowej w miejscowości Cerkiew) odpowiada co do technologii wykonania przedmiotowemu zamówieniu. Pozostałe roboty - co wynika wprost z treści referencji załączonych do oferty przez WODROL Sp. z o.o. - nie odpowiadają swoim rodzajem ani wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, gdyż wykonane są w innej technologii niż przedmiot zamówienia, a ich wartość jest o ponad 50% mniejsza niż wartość przedmiotowego zamówienia.

Reasumując, Protestujący stwierdza, iż WODROL Sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu tj. nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 2 zamówień (budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej) odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wobec powyższego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10) Pzp Wykonawca taki, jego zdaniem powinien być wykluczony z postępowania, a na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp jego oferta odrzucona.

Dodatkowo Protestujący stwierdza, iż oferta WODROL Sp. z o.o. jest niezgodna z ustawą, gdyż w kosztorysach ofertowych cena jednostkowa robót podana jest do pięciu miejsc po przecinku. W przedmiarze robót w rubryce 6 Zamawiający wyraźnie wymagał podania „cena PLN”, w rubryce 7 winna być podana „Wartość PLN (5 x 6)”. We wszystkich kosztorysach WODROL Sp. z o.o. w rubryce 6 „cena PLN” (gdzie podawana jest cena jednostkowa poszczególnych materiałów lub robót) zawarta jest cena w PLN do pięciu miejsc po przecinku. Taki sposób podania ceny jest niezgodny z treścią SIWZ, a nadto czyni ofertę niezgodną z prawem i obliguje do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1) Pzp.

Protestujący wyjaśnia, iż podawane w kosztorysie ceny jednostkowe mają ogromne znaczenie, gdyż zgodnie z § 8 ust. 3 umowy: „za wykonanie przedmiotu umowy ustala się

wynagrodzenie ryczałtowo-ilościowe za wykonanie sieci i przyłączy grawitacyjnych (zryczałtowaniu podlegają ceny wykonania 1 mb kanalizacji wraz z uzbrojeniem i elementy robót wg cen jednostkowych (z podatkiem VAT 22 %) obliczonych wg. kosztorysu ofertowego. W rozliczeniu uwzględniać będzie się faktycznie wykonany i odebrany zakres robót)". Umowa przewiduje także częściowe rozliczanie robót.

Protestujący podnosi także, iż konieczność podawania cen do dwóch miejsc po przecinku wynika z przepisów prawa. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U Nr 97, poz. 1050 ze zm.), do którego odsyła w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, cena jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zgodnie natomiast z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386 ze zm.) od dnia 1 stycznia 1995 r., polską jednostką pieniężną (art. 1) jest złoty, który dzieli się na 100 groszy. Analogiczna regulacja wynika z art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2), w myśl którego znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze.

Oznacza to, zdaniem Protestującego, iż rozliczanie wykonanych usług może nastąpić wyłącznie tylko z uwzględnieniem wymienionych regulacji a to powoduje, że ceny za usługi muszą być wyrażone w obowiązującej w Polsce jednostce pieniężnej, (wyrok ZA z dnia 23.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-493/05; wyrok ZA z dnia 02.03.2006 r.; sygn. Akt: UZP/ZO/0-583/06). Tym samym wszędzie tam gdzie wykonawca ma podać cenę w złotych musi to być wartość do dwóch miejsc po przecinku. *„Nie zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych jest również oferta, w której cena do zapłaty jest wyrażona w tysięcznych częściach złotego (ułamkach groszy). Dotyczy to również cen jednostkowych, jeżeli mają stanowić podstawę, do rozliczania usług objętych przedmiotem zamówienia, a ich funkcja kalkulacyjna ma w tym przypadku drugorzędne znaczenie. Zatem oznaczenie ceny w tysięcznych częściach złotego powoduje, że w tej części oferta jest niezgodna z polskim systemem płatniczym wskazanym w powołanych ustawach i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu"* (str. 162; „Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów"; Wyd. UZP; Warszawa 2006).

Na zakończenie, Protestujący stwierdził, iż zaniechanie wykluczenia ww. Wykonawców z postępowania oraz odrzucenia ich ofert, czyni uzasadnionym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, który nakazuje wybór oferty najkorzystniejszej, zgodnej z SIWZ i przepisami prawa. Zaniechanie tych czynności narusza także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp) w stosunku do wykonawców, którzy spełnili określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i złożyli oferty w pełni odpowiadające treści SIWZ. Powołując się na powyższe Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu i dokonanie opisanych w petitum protestu czynności, gdyż tylko

w ten sposób zostanie uchylony stan niezgodny z prawem, a biorący udział w niniejszym postępowaniu wykonawcy traktowani będą jednakowo z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i na równych prawach.

W dniu 28.05.2008 r. Zamawiający pocztą przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 30.05.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączy się: „AMAR” Sp. z o. o.” w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wykazał swój interes prawny, jednocześnie stwierdził, iż wykazane w poz. 1 i 2 załącznika nr 5 do SIWZ załączonym do oferty zamówienia zawierały zawory podciśnieniowe firmy REVAC, każda z nich zawierała pompownię podciśnieniową o konstrukcji podobnej jak w dokumentacji przedmiotowej inwestycji różniące się jedynie wielkością. Zdaniem Przystępującego, przy ocenie doświadczenia nie należy uwzględniać tylko kanalizacje podciśnieniowe wykonane w takim systemie, jak w projekcie przedmiotowej inwestycji, gdyż naruszałoby to art. 7 Pzp.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez brak jego rozpatrzenia, tj. oddalenie w dniu upływu ustawowego terminu na jego rozstrzygnięcie, czyli 30.05.2008 r.

W dniu 04.06.2008 r. (pocztą) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania podniesione w proteście.

Odnosząc się do zarzutów do oferty Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. podniósł dodatkowo, iż zgodnie z pkt III SIWZ przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej, o określonych parametrach i technologii wykonania. Ponadto, podtrzymując, iż tylko jedna z wykazanych robót (budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej w ul. Piłsudskiego w Dęblinie o wartości 3.919.514,- PLN) odpowiada swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, powołała się na fakt, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 3 643 199,29 PLN bez VAT, dodając do tej kwoty wymagany podatek od towarów i usług w wysokości 22%, wartość robót stanowiących przedmiot zamówienia wynosi ok. 4.444 703,13 PLN.

Wartość zamówienia wskazują również, według Odwołującego ceny ofert złożonych w przedmiotowym przetargu, z których najtańsza wynosi 3.389.685,50 PLN. Wobec powyższego, Odwołujący formułuje pogląd, iż zamówienia odpowiadające swoją wartością

robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia to zadania/inwestycje/roboty budowlane o wartości ok. 3 mln. PLN. Wskazana w wybranej ofercie w wykazie wykonanych robót „budowa kanalizacji podciśnieniowej zlewnia nr 1 - I etap w Dęblinie” wynosiła 295.878,- PLN (ok. 10%), a zatem nie jest to zadanie odpowiadające swoją wartością (ok. 10%) robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wskazana zaś, pod poz. 5 budowa kanalizacji nie jest zakończona.

Odwołujący powołując się na orzeczenie KIO (wyrok KIO/UZP/1456/07 z dnia 02.01.2008 r.), stwierdza, iż: „Określenie warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, a w ślad za tym ocena ich spełnienia powinna być rozpatrywana w kontekście zakresu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, zdaniem Odwołującego oceniając spełnienie warunków udziału powinien odnieść się do zakresu i rodzaju robót podanych w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pkt. III SIWZ. Warunek udziału jest spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, czyli co najmniej 2 zadania, których przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej. Powyższe ma wynikać wprost z treści oferty Wykonawcy, w tym przypadku z treści referencji, a jeżeli są wątpliwości, Zamawiający winien co najmniej skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 4 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oczekiwał od wykonawców konkretnego doświadczenia, o którym to doświadczeniu decyduje nie tylko zakres i technologia wykonania robót, ale i wartość wcześniej budowanych kanalizacji podciśnieniowych. Tych wymagań Zamawiającego nikt nie oprotestował, a więc powinny być one spełnione przez każdego wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów do oferty WODROL Sp. z o.o. podtrzymał to co w proteście.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu faxem.

W dniu 05.06.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikowi postępowania protestacyjnego (Przystępującemu) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 16.06.2008 r. (data wpływu pisma do Prezesa UZP) przystąpił AMAR Sp. z o. o. podtrzymując swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do protestu.

Wskazuje na interes prawny, który wynika z faktu, iż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Przystępujący podniósł, iż warunek posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia do realizacji zamówienia musi być przede wszystkim ściśle powiązany z przedmiotem zamówienia, dlatego też w interesie Zamawiającego jest sprecyzowanie warunku doświadczenia adekwatnego do konkretnego przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę jego rodzaj, zakres, wymagany termin realizacji, sposób wykonania i wiele innych aspektów. § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w prawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać zamawiającego od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określa, jak wskazuje Przystępujący katalog dokumentów, jakich Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia opisanego warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Jest to, jak stwierdza Przystępujący 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 stanowiącym przedmiot zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający ustalił, iż robotami potwierdzającymi wymagane doświadczenie wykonawcy będą zadania, których przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej (wykonane dwie roboty w tym zakresie). Rozszerzająca interpretacja Odwołującego tego warunku o wartość około 3 mln PLN do robót budowlanych jest nieuprawniona. Jednocześnie Przystępujący stwierdza, iż Odwołujący nie kwestionuje pracy pn. „Budowa kanalizacji podciśnieniowej zlewania nr 1 – pierwszy etap w Dęblinie” wynoszący 5359 m. Jego zdaniem, biorąc pod uwagę długość sieci podciśnieniowej będącej przedmiotem zamówienia, tj. 5417 także inne prace wskazane w ofercie w świetle postawionego przez zamawiającego warunku potwierdzają posiadane doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia (np. praca pn. „II etap budowy kanalizacji sanitarnej z przykanalikami oraz przepompowni w miejscowości Uścimów Nowy, Maluchy i Uścimów Stary” o długości sieci kanalizacji podciśnieniowej 4925 m). Wobec powyższego uważa, iż wykazane prace są porównywalne rodzajowo i zakresowo z przedmiotem zamówienia.

Przystępujący uważa, iż analiza wartości robót winna być nierozzerwalnie związana z ich zakresem, jak również z czasem w jakim były wykonane, gdyż sprawą oczywistą jest, że na przestrzeni 5 lat (w jakim roboty te mogły być zakończone) ceny – szczególnie materiałów – kształtowały się na przestrzeni ostatnich lat na coraz wyższym poziomie. Dokonywanie analiz robót w tak długim okresie czasu jedynie poprzez ich wartość byłoby

nieuzasadnione i nie odzwierciedlało stanu faktycznego tzn. zakresu robót jaki został wykonany, który obiektywnie odzwierciedla rzeczywiste doświadczenie wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaworów podciśnieniowych jest bezpodstawny, gdyż warunek opisany przez Zamawiającego nie odnosi się w swej treści do wymogu stosowania przy budowie kanalizacji sanitarnej zaworów podciśnieniowych, jak również by prace te były wykonana w tej samej technologii. W przedstawionym warunku Zamawiający wskazał, że za roboty odpowiadające rodzajem robotom będącym przedmiotem zamówienia będą roboty zwiane z budową kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej (bez wskazania w jakiej technologii). Przystępujący stwierdza, iż Odwołujący w sposób nieuzasadniony twierdzi, iż w zakresie wskazanych prac nie zastosowano zaworów, jest niczym nieuzasadnione, jedynie w referencjach nie wskazano zastosowania tych zaworów albowiem nie było takiego wymogu w SIWZ.

Na zakończenie podnosi, iż warunek został postawiony z uwzględnieniem równego traktowania wykonawców w sposób nie ograniczający dostęp do rynku podmiotom. Zauważa, także że warunek nie był przedmiotem protestu i uznać należy go, w związku z tym, za wiążący.

Kopie przystąpienia została przekazana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, ofertami, przedłożonymi dowodami w sprawie i po wysłuchaniu stron na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofertach firm, których konieczność odrzucenia Odwołujący wskazuje, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy KIO dopuściła następujące dowody przedłożone przez uczestników postępowania odwoławczego:

1) Pismo Odwołującego (pismo procesowe) z dnia 19.06.2008 r., stanowiące odpowiedź na przystąpienie do postępowania odwoławczego z dnia 16.06.2008 r. wniesione przez Przystępującego wraz ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym na rozprawie – złożone przez Odwołującego;

2) Kopie umów z 2004, 2006 i 2007 r. oraz kopie faktur z 2005 r., na okoliczność, iż wartość wyposażenie wbrew stanowisku Przystępującego nie wzrosła, ale zmalała na przestrzeni ostatnich 5 lat – złożone przez Odwołującego;

3) Oświadczenie autorskiego biura projektowego z dnia 11.06.2008 r. na okoliczność, iż wykazane przez Przystępującego w poz. 1 i 2 wykazu wymaganego przez Zamawiającego zamówienia, odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia – złożone przez Przystępującego;

4) Kopie protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji inwestycji zamówień z poz. 1 i 2 wykazu wymaganego przez Zamawiającego, na okoliczność taką samą jak dowód nr 3.

W SIWZ zawarto następujące zapisy:

W Rozdz. III SIWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W Rozdz. V SIWZ: „Opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie wykonawcy mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt.1 Zamawiający określił, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełnią następujące warunki i złożą potwierdzające je dokumenty. Precyzując w ppkt 2, iż chodzi o takich Wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z lit. a) określił warunek, że mają to być Wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (czyli 2 zadania, których przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej), potwierdzone dokumentami, że roboty te zostały wykonane należycie. Ponadto, Zamawiający ustalił, iż każdy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca sporządzi i dołączy do oferty wykaz robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania na druku Doświadczenie zawodowe zgodnie z załącznikiem nr 5 do

SIWZ i załączy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień. Ponadto, Zamawiający zawarł w załączniku nr 5 do SIWZ zapis, iż: "Wymagane jest aby przedmiotem minimum 2 zamówień była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej odpowiadająca swoja wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia".

W Rozdz. XI SIWZ: „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający określił, iż cena całej oferty winna wynikać z załączonego do oferty formularza „Kalkulacja ceny oferty” sporządzonej zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (pkt 1). Ponadto, ustalił, że wycenę projektowanych robót należy sporządzić wg. kosztorysu ofertowego uwzględniając: przeprowadzenie niezbędnych prób, badań i rozruchu kanalizacji i przepompowni, obsługę geodezyjną całości zadania raz z inwentaryzacją powykonawczą w 3 egz. dla Zamawiającego, opracowanie dokumentacji powykonawczej oraz instrukcji obsługi i eksploatacji obiektu, instalacji i urządzeń, organizacja placu budowy (w tym organizacja ruchu drogowego) i zaplecza budowy, zasilenie w energię elektryczną placu budowy, opłaty za energię elektryczną placu budowy i zaplecza budowy oraz inne niezbędne media, ubezpieczenie placu budowy, zlecenie i opłacenie niezbędnych nadzorów specjalistycznych (energetyka, telekomunikacja itp.). Dodatkowo, Wykonawcy mieli uwzględnić koszty związane z zajęciem pasa drogowego, zabezpieczenia robót przy zachowaniu ruchu, opracowaniem projektu oznakowania i organizacji ruchu oraz umieszczeniem w pasie drogowym sieci kanalizacyjnej w okresie od wbudowania do odbioru końcowego robót (przy czym gmina nie będzie pobierała opłat za zajęcie pasa drogowego dróg gminnych), jak również inne koszty nie wymienione wyżej a ponoszone przez Wykonawcę, a także naliczony podatek VAT. W pkt 2 Rozdz. XI SIWZ Zamawiający określił, iż umowa będzie zawarta na całość robót określonych w punkcie III SIWZ na podstawie złożonej oferty. Ponadto, w pkt 3 Rozdz. XI SIWZ napisał, że w ramach kosztorysu ofertowego - Zamawiający dokona sprawdzenia zakresu robót ujętego w kosztorysie ofertowym z zakresem robót podanym w przedmiarze robót (w odniesieniu co do ilości i technologii wykonania robót). Wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze robót winny być również ujęte w kosztorysie ofertowym. Brak kompletnego ujęcia wszystkich pozycji robót i innych kosztów spowoduje odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W następnym pkt ustalił, że cenie oferty należy ująć wszystkie koszty wynikające ze SIWZ, STWiORB, warunków umowy. Do ceny oferty należy doliczyć należny podatek VAT, zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). Ponadto, w pkt. 5 w/w rozdz. zapisał, iż cena całkowita i ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę nie będą podczas wykonywania umowy podlegały waloryzacji, stosownie do postanowień zawartych w treści umowy.

Dodatkowo we wzorze umowy – załącznik nr 9 do SIWZ – w § 8: „Wynagrodzenie

i sposób rozliczeń” ust.1 zawarł zapis, iż: „Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ofertą Wykonawcy wybraną w trybie przetargu nieograniczonego, jest wynagrodzenie umowne, wyrażające się kwotą za całość zadania”, a w ust.3 lit. a niniejszego paragrafu ustalił, że: „Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie ryczałtowo-ilościowe za wykonanie sieci i przyłączy grawitacyjnych (zryczałtowaniu podlegają ceny wykonania 1 mb kanalizacji wraz z uzbrojeniem i elementy robót wg cen jednostkowych (z podatkiem VAT 22 %) obliczonych wg kosztorysu ofertowego. W rozliczeniu uwzględniać będzie się faktycznie wykonany i odebrany zakres robót).

Zamawiający ustalił także w ust. 6 niniejszego paragrafu wzoru umowy, że: „Rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi fakturami częściowymi zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym realizacji inwestycji. Wystawienie faktur następuje na podstawie podpisanego przez inspektora nadzoru i Zamawiającego protokołu odbioru częściowego, a faktury końcowej na podstawie podpisanego przez inspektora nadzoru i Zamawiającego protokołu odbioru końcowego i kosztorysu powykonawczego, a zapłata następuje w terminie 30 dni od dnia doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT za poniesione nakłady oraz w terminie 30 dni za wykonane roboty”.

Odnosząc się do zarzutów wobec oferty Przystępującego należy stwierdzić, iż Izba dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, tj. nie posiadającego wymaganego w SIWZ doświadczenia, jak również naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10) oraz art. 24 ust. 4 Pzp, czyli istnienie przesłanek do wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrując powyższy zarzut stwierdza, iż Zamawiający tak jak zostało to wskazane powyżej wypełnił wymóg wynikający z § 1 ust.2 pkt.1 Rozporządzenia z dnia 19.06.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Dz. U z 2006 r., Nr 87, poz. 605), w którym mówi się wyraźnie, iż Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez siebie warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – wykazu 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. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, iż przedmiotem minimum 2 zamówień - ma być budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej (rodzaj) odpowiadająca swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia (wartość). Przy czym, w samym warunku mówi, iż chodzi o 2 zadania, których przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej.

Wobec powyższego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, kwestionującego cztery z pięciu wykazanych robót budowlanych w zakresie ich rodzaju (poz.1, 2, 4 i 5 wykazu – karta nr 29 oferty), gdyż Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości ustalił, co ma stanowić przedmiot wykazywanych zamówień. Bezspornie zamówienie z poz. 4 i 5 odpowiada rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia. W toku wyjaśnień na rozprawie Zamawiający potwierdził fakt, iż nie istnieje kanalizacja sanitarna podciśnieniowa bez zaworów podciśnieniowych. Ponadto, Izba zauważa, iż załączone do wykazu do poz. 1 i 2 referencje potwierdzają w swej treści nie tylko należyte wykonanie wykazanego zamówienia, ale także okoliczność, iż ich przedmiotem była także budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej. Dodatkowo, potwierdzają to dowody przedłożone na rozprawie przez Przystępującego (dowód nr 3 i 4). Mając niniejsze na względzie w tym zakresie wykazane zamówienia spełniają wymóg Zamawiającego określony w SIWZ, co do rodzaju zamówienia.

Odnosząc się do kwestii, jakiej wartości miały być 2 wykazane zadania, należy przede wszystkim stwierdzić, iż uzasadnionym jest, aby Zamawiający podczas określania warunku wykazania się określonym doświadczeniem poprzez zrealizowane zamówienia określali ich wartość. Powyższe uzasadnione jest koniecznością dokonania późniejszej oceny. Pozwala to uniknąć niejasności w tym zakresie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał takiego uściślenia, jednakże potwierdził na rozprawie, iż de facto kierował się podczas oceny wartością szacunkową przedmiotowego zamówienia. Izba, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego uznała, iż zasadnym jest przyjęcie, że budowa kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej odpowiadająca swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego powinna opiewać na kwotę co najmniej 3 mln PLN. Tym samym, Izba nie mogła przyjąć, iż wykazane w wykazie roboty budowlane poniżej 3 mln PLN spełniają warunek SIWZ.

Przedstawiona podczas rozprawy metodologia przeliczenia wykazanej wartości zrealizowanego zamówienia z poz.1, 2 i 3 załącznika nr 5 do SIWZ (zamówienia z powyższych pozycji wykazu Zamawiający, zgodnie ze złożonym oświadczeniem brał pod uwagę przy ocenie złożonej ofercie), poprzez jego waloryzacje według współczynnika GUS-u

na IV kwartał 2007 r., jest niedopuszczalna i stanowi zmianę opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższa praktyka jest naganna i nie znajduje uzasadnienia ani w Pzp, ani w istniejącym orzecznictwie. Poza tym, Zamawiający nie uprzedził o takiej metodologii w SIWZ. Mając niniejsze na względzie w tym zakresie wykazane zamówienia nie spełniają wymogu Zamawiającego określonego w SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów wobec oferty WODROL Sp. z o.o., drugiej w rankingu oceny ofert Zamawiającego należy podnieść, iż zarzut pierwszy, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10) oraz art. 24 ust. 4 Pzp, czyli zaniechanie wykluczenia w/w Wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty potwierdził się. Zarzut drugi, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia niezgodnej z ustawą oferty należy uznać za zasadny.

Względem pierwszego zarzutu wobec w/w Wykonawcy, Izba uznaje, iż żadne z wykazanych 20 zadań (karta od 16 do 18 oferty) nie odpowiada swoją wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zaś tylko dwa (poz.8 i 19 wykazu) odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Izba w tym zakresie powołuje się na wcześniejsze ustalenia odnośnie wartości przedstawione względem oferty Przystępującego, uznając ponadto odnośnie rodzaju, iż przedmiotowe zamówienia z obu wskazanych powyżej pozycji są zgodne z wymogiem SIWZ Zamawiającego, a referencje nie muszą w swej treści, choć mogą odpowiadać informacjom zawartym w wykazie.

Względem drugiego zarzutu wobec w/w Wykonawcy, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U Nr 97, poz. 1050 ze zm.), do którego odsyła w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, cena jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zgodnie natomiast z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386 ze zm.) od dnia 1 stycznia 1995 r., polską jednostką pieniężną (art. 1) jest złoty, który dzieli się na 100 groszy. Analogiczna regulacja wynika z art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2), w myśl którego znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze.

Mając powyższe na względzie, Izba uznała argumenty Odwołującego, a stanowisko Zamawiającego w tej materii przedstawione na rozprawie jest błędne. Z umowy wcale nie wynika ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zamawiający nie wykazał powyższego twierdzenia. Ponadto, Izba wskazuje, iż kosztorys ofertowy w pozycji 6 mówi o cenie w PLN,

powyższe samo w sobie stanowi o konieczności stosowania przepisów wskazanych powyżej oraz zasad zaokrąglania wynikających z rachunkowości.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia dwóch pierwszych Wykonawców w rankingu oceny ofert Zamawiającego z postępowania oraz odrzucenia ich ofert i wybór oferty najkorzystniejszej podlegającej wykluczeniu z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, wobec potwierdzenia się zarzutów wobec w/w Wykonawców, Izba uznała za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji uwzględniając odwołanie. Jednocześnie, Izba przypomina Zamawiającemu o obowiązku wynikającym z art. 26 ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*