

Sygn. akt KIO 1307/10

WYROK
z dnia 13 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant:

Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ENERGOTECHNIKA Sp. z o. o., 04-247 Warszawa, ul. Chełmżyńska 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Łochów,07-130, Al. Pokoju 75**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia ENERGOTECHNIKA Sp. z o. o. w części I oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 4 i wyboru najkorzystniejszej oferty w części I;

2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Łochów,07-130, Al. Pokoju 75 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **ENERGOTECHNIKA Sp. z o. o., 04-247 Warszawa, ul. Chełmżyńska 25** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy przez **Gminę Łochów,07-130, Al. Pokoju 75** na rzecz **ENERGOTECHNIKA Sp. z o. o., 04-247 Warszawa, ul. Chełmżyńska 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łochów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej również „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Ostrówek, Łojew - etap I oraz budowa sieci kanalizacji sanitarnej we wsi Majdan (część pierwsza zamówienia).

Zamawiający faksem w dniu 21 czerwca 2010 r. przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania - wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu z postępowania

Energotechnika Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie wobec czynności wykluczenia z postępowania w części I, które w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 czerwca 2010 r. Kopia odwołania została tego dnia przekazana zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska EURO - EKOLAS Sp. z o.o. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Inpreko Sp. z o.o. w Warszawie, unieważnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania; dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z warunkami postępowania określonymi przepisami ustawy oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz” oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że zamawiający błędnie nie zaliczył w poczet wymaganego doświadczenia polegającego na wykonaniu min. 15 km kanalizacji grawitacyjnej, długości przykanalików. Wskazał, że pojęcie „przykanalik” nie posiadające definicji ustawowej stanowi przyłącze kanalizacyjne - posiadające legalną definicję w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i stanowiące element sieci kanalizacyjnej. Wywiódł, że pojęcie „przykanalik” stosowane w literaturze fachowej, podręcznikach akademickich i zamiennie używane na określenie przyłącza kanalizacyjnego. Ponadto przykanalikiem nazywany jest powszechnie przewód odprowadzający ścieki z nieruchomości do przewodu kanalizacji zewnętrznej lub zbiornika bezodpływowego. W skład przykanalika wchodzi główna studzienka połączeniowa i przewód

kanalizacyjny. Wewnętrzna sieć kanalizacyjna zlokalizowana w budynku i na terenie posesji aż do studzienki głównej jest własnością właściciela posesji. Natomiast przykanalik jest z reguły własnością odbiorcy ścieków i powinien być przez niego naprawiany oraz oczyszczany. Na okoliczność powszechnego stosowania pojęcia „przykanalik” powołał orzeczenia Izby, w których przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający posługiwali się pojęciem „przykanalik”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający winien uznać posiadanie wymaganego doświadczenia już na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą. Tymczasem zamawiający 10 czerwca 2010 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wbrew ukształtowanej interpretacji art. 26 ust. 3 Pzp nie wskazując, które z wykonanych robót i dlaczego nie mogą być uznane dla potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia, spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przedłożył nowy wykaz wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, jednak został wykluczony z postępowania przez zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska EURO - EKOLAS Sp. z o.o. nie może przystąpić do postępowania odwoławczego. Status wykonawcy, w rozumieniu art. 2 pkt 11, w badanym postępowaniu posiadają Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska EURO - EKOLAS Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji INPREKO Sp. z o.o. – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zarówno w przystąpieniu, jak i w treści pełnomocnictwa udzielonego rady prawnemu Pawłowi Małkowskiemu, który podpisał zgłoszenie przystąpienia, jako podmiot wnoszący jest przystąpienie wyłącznie wskazane zostało Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska EURO - EKOLAS Sp. z o.o. Skoro art. 185 ust. 2 Pzp umożliwia zgłoszenie przystąpienia wyłącznie wykonawcom, nie jest możliwe uzyskanie statusu uczestnika postępowania odwoławczego przez podmiot nie będący wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, w czasie której dopuściła dowody z dokumentów i pism wskazanych w uzasadnieniu, zaś zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24 kwietnia 2010; pod numerem 2010/S 80-119191.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po ofercie przystępującego, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty ekspektatywy uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.2.1.2.) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz” (VIII. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Część pierwsza 1.2.) ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie - wykonali w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed dniem wszczęcia postępowania roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia - przez co należy rozumieć budowę min 15 km sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej łącznie. Zamawiający żądał na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku załączenia do oferty wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z którego będzie wynikać, że w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przed dniem wszczęcia postępowania wykonał roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia - budowę min 15 km sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej łącznie z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - wzór załącznik nr 4A do SIWZ". (SIWZ IX.1.2.).

Odwołujący złożył wymagany wykaz oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych, z których nie wynika łączna długość wykonanych przez niego sieci. Poz. 1 wykazu – robota zrealizowana na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. ST Warszawie S.A. zawiera w opisie wykonanie przykanalików ściekowych do posesji o długości 1.831, 4 m.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W stanie prawnym obowiązującym przed dniem wszczęcia postępowania przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przewidywały dwie odrębne przesłanki: wykluczenie wykonawcy, który nie spełnia warunków

udziału w postępowaniu lub takiego, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp.

Zmiana stanu prawnego akcentuje obowiązek wykonawcy udokumentowania za pomocą wymaganych oświadczeń lub dokumentów spełnianie wymagań zamawiającego. Jednak obowiązkiem zamawiającego przed dokonaniem czynności wykluczenia jest umożliwienie wykonawcy wykazania spełniania warunków, korekty uchybień których dopuścił się w oświadczenia lub dokumentach składanych wraz z ofertą w granicach określonych przepisami prawa. Środkami przewidzianymi w tym celu przez ustawę Prawo zamówień publicznych są wezwania do uzupełnień lub wyjaśnień, wskazane w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

10 czerwca 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art.26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wykonania co najmniej 15 km sieci kanalizacyjnej.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący, w wyznaczonym terminie, złożył nowy wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Odwołujący wskazał, iż wykonał łącznie 15.310,8 m kanalizacji sanitarnej.

21 czerwca 2010 r. zamawiający przekazał informację o wynikach postępowania, w którym poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że odwołujący wykazał wykonanie 12.073,50 m sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej łącznie.

Z przedstawionej liczby wynika, co potwierdził odwołujący na rozprawie oraz zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający nie zaliczył w poczet wymaganego doświadczenia długości przykanalików wykonanych na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. ST Warszawie S.A. (poz. 1) oraz przyłączy kanalizacji sanitarnej o długości 1.405,9 m wykonanej na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. w Wołominie.

Podstawą sporu między stronami, jest zatem rozumienie pojęcia sieć. Sporne między stronami jest zaliczenie w poczet wykazywanego doświadczenia, jako elementu sieci, długości przykanalików z poz. 1 wykazu oraz przyłączy ujętych w poz. 2.

Izba ocenia, że dopiero z informacji o wykluczeniu odwołujący powziął wiedzę o rozumieniu przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, braku zaliczenia w poczet wykazywanego doświadczenia elementów określonych jako „przyłącza” i „przykanaliki”, mimo, że długość wykonanych przykanalików wskazana została odrębnie już w wykazie złożonym wraz z ofertą. W tym zakresie wezwanie dokonane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp należy ocenić jako nieprawidłowe.

Wezwany wykonawca winien z samej treści wezwania uzyskać wiedzę, z jakich przyczyn zamawiający ocenia złożone przez niego dokumenty jako niewystarczające, aby mieć

możliwość stosownej odpowiedzi i złożenia oświadczeń lub dokumentów odpowiadających wezwaniu zamawiającego, bądź wniesienia środka ochrony prawnej.

Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006 r., Nr 123, poz. 858) odpowiednio w art. 2 pkt 5) oraz art. 2 pkt 7) zdefiniowała pojęcia „przyłącza kanalizacyjnego” oraz „sieci”. Zgodnie z przywołanymi przepisami, „przyłącze kanalizacyjne” stanowi odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej; natomiast „sieć” stanowią przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjne.

§ 122 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.) również wskazuje pierwszą studzienkę od strony budynku, jako granicę instalacji kanalizacyjnej. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 września 2007 r., sygn. akt III CZP 39/07 wywiódł, że przyłącze stanowi odcinek między budynkiem a pierwszą studzienką lub granicą nieruchomości przyłączanej, odcinek od tego punktu stanowi sieć.

Jednak praktyka, co jest niesporne, w wielu przypadkach nie odzwierciedla zmian ustawowych. W dalszym ciągu przy opisie przedmiotu zamówienia zastosowanie znajduje potoczne pojęcie „przykanalik”, a pojęcia „przykanalik” oraz „przyłącze kanalizacyjne” używane są zamiennie.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w części I postąpił, co do zasady, zgodnie z definicjami ustawowymi, z tym, że na określenie fragmentu sieci, nie stanowiącego przyłącza użył określenia odgałęzienie boczne.

Oceny dokumentów złożonych przez odwołującego w wyniku wezwania należy ocenić z uwzględnieniem przywołanego rozróżnienia na sieć i przyłącze kanalizacyjne, mając również na względzie, że warunki udziału w postępowaniu winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, zgodnie art. 22 ust. 4 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

Izba ocenia, że długość przykanalików wykazanych w poz. 1 wykazu bezspornie podlega zaliczeniu w poczet wymaganego doświadczenia. Z samej treści poz. 1 wynika bowiem, że przykanaliki wykonane zostały na odcinku do posesji.

Nie można natomiast jednoznacznie dokonać prawnej kwalifikacji przyłączy wykazanych w poz. 2. Treść poz. 2 oraz załączone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w tej pozycji nie pozwalają na dokonanie oceny.

Literalne rozumienie użytego sformułowania „przyłącza sieci kanalizacyjnej”, wyklucza możliwość zaliczenia ich jako elementu sieci. Jednak skoro odwołujący oświadczył na rozprawie, że w pozycji tej ujęty został odcinek w rozumieniu § 122 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r., a w praktyce, mimo zmian legislacyjnych, pojęcie „przyłącze” używane bywa wadliwie, zamawiający winien wyjaśnić ten element wykazu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Należyta staranność zamawiającego polega na wnikliwym badaniu złożonych dokumentów. Wykluczenie wykonawcy, na podstawie literalnych sformułowań wykazu, jeśli możliwe jest rozbieżne rozumienie użytych określeń, narusza prawo. W takiej sytuacji uznanie, bez uzyskania jednoznacznych wyjaśnień, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu godziłoby w zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp potwierdził się.

W ocenie Izby wydaje się być zasadne rozstrzygnięcie ewentualnych wątpliwości wynikających z wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 26 ust. 4 Pzp na korzyść wykonawcy. Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne, dla oceny kompetencji wykonawcy, jego wiedzy i doświadczenia, nie ma istotnych różnic wynikających z faktu wykonania fragmentu instalacji łączącej budynek z siecią do pierwszej studzienki (granicy nieruchomości przyłączonej) lub od tego miejsca do głównego przewodu kanalizacyjnego. Rozróżnienie takie ma znaczenie przede wszystkim dla ustalenia prawa własności poszczególnych części instalacji oraz rozliczenia kosztów budowy, na co zwrócił uwagę w powołanej uchwale Sąd Najwyższy.

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, którego dopuścił się zamawiający ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu wykonanie czynności wskazanych w pkt 1 sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego ograniczając je do kwoty 3.600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

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

.....