

Sygn. akt: KIO/UZP 1110/10

POSTANOWIENIE
z dnia 16 czerwca 2010 r.

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie: **Bogdan Artymowicz**

Barbara Bettman

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **Konsorcjum ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 44 i AECOM spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 133/113** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach, ul. Wodociągowa 10**

przy udziale wykonawcy **Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 44 i AECOM spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 133/113** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum ECM Group Polska spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 44 i AECOM spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 133/113

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600,00 zł.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 44 i AECOM spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 133/113**, na rzecz **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach, ul. Wodociągowa 10**, stanowiącej uzasadnione koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika,

3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 44 i AECOM spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 133/113**

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Kontrakt nr 2a: inżynier kontraktu dla pozostałego zakresu robót budowlanych tj. kontrakty 6, 6A, 7, 8A, 9, 10, 11, 12 zostało wszczęte przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach, ul. Wodociągowa 10, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 222-319769 w dniu 18.11.2009 r.

W dniu 7 maja 2010r. zamawiający zawiadomił Konsorcjum ECM Group Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 44 i AECOM spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 133/113-zwanego dalej odwołującym, o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007r. nr Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. W uzasadnieniu wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy odwołujący złożył wyjaśnienia oraz dokumenty, których treść nie odpowiada treści siwz. Odnośnie usługi nadzoru nad „modernizacją Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – gospodarka osadami:” (załącznik nr 3 – wykaz wykonanych usług w poz. Nr 7) odwołujący wskazał modernizację zakładu uzdatniania wody pitnej, zaś zgodnie z ust. 8.1.2.1) lit. d siwz istotą postawionego warunku było wykazanie się nadzorem nad budową stacji uzdatniania o wydajności co najmniej 2000 m³/dobę, o wartości co najmniej 2 500 000zł. netto realizowanych według warunków kontraktowych FIDIC lub według procedur równoważnych. Zamawiający wskazał na rozumienie pojęcia modernizacja w orzecznictwie i doktrynie i fakt, iż zazwyczaj odnosi się ona do części budynku lub rzeczy, a z uwagi na jednoznaczny charakter brzmienia warunku, chodziło o budowę całości stacji uzdatniania wody. Według zamawiającego z dokumentów załączonych przez odwołującego do oferty nie wynika, że została wybudowana główna część stacji uzdatniania wody, a w konsekwencji miała miejsce zmiana technologii, a prace były prowadzone na całym obiekcie. Z tych względów zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnił warunku określonego w pkt 8.1.2.1) lit. d siwz.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego i w dniu 17 maja 2010r. wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w sposób sprzeczny z prawem, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku z pkt. 8.1.2.1) lit. d, zaniechanie czynności wyboru, jako oferty złożonej przez odwołującego, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie spełniania warunku z pkt 8.1.2.1) lit. d siwz, dokonanie ponownej oceny z udziałem oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że wezwanie z dnia 2 lutego 2010r. nie dotyczyło tego, że poz. Nr 7 wykazu wykonanych usług – załącznik nr 3 nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż odnosi się do modernizacji stacji uzdatniania wody pitnej, a nie jak wymagał zamawiający budowy stacji uzdatniania wody pitnej. Wprawdzie wezwanie dotyczy określenia wartości wymaganych robót, wydajności stacji uzdatniania wody oraz informacji o wydaniu Świadectw Przejęcia, ale informacje na temat wartości robót i wydajności stacji zostały podane w pierwotnym wykazie, co zauważyła także Izba w wyroku z dnia 19 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP/461/10. Natomiast informacje na temat wydania Świadectwa Przejęcia były bezprzedmiotowe dla oceny spełniania warunku – jak wynika to z tego samego orzeczenia Izby. Z tych względów odwołujący wskazał, że nie została wobec niego wyczerpana droga wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 co do spełniania warunku określonego w pkt. 8.1.2.1) lit. d siwz. Zamawiający powinien był wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów, co potwierdza orzecznictwo Izby z dnia 14 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1042/08, z dnia 24 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 891/09. Wskazał, że skoro na skutek wyroku Izby z dnia 19 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 461/10 zamawiający miał wiedzę, że usługa pierwotnie wskazana przez odwołującego w ofercie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, miał obowiązek wezwać go do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Dopiero po dokonaniu oceny, że uzupełniona usługa również nie spełnia warunku, względnie nie zastosowaniu się przez odwołującego do wezwania zamawiający miałby prawo wykluczyć odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, bo gdyby nie został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, zamawiający musiałby

dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Protest został podpisany przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 8 stycznia 2010r. udzielone mu przez lidera konsorcjum odwołującego – prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty, działającego w imieniu konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 7 stycznia 2010r. podpisanego przez reprezentantów obu partnerów konsorcjum w tym prezesa zarządu lider konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty oraz pełnomocnika drugiego z partnerów działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 14 października 2009r. udzielone przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. Pełnomocnictwo załączono do wyjaśnień z dnia 11 lutego 2010r.

W dniu 19 maja 2010r. zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu faksem i wezwał ich do udziału w postępowaniu.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 21 maja 2010r. przystąpił wykonawca wybrany firma Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35 – zwany dalej przystępującym, wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, gdyż uwzględnienie wniesionego protestu pozbawiłoby go możliwości uzyskania zamówienia oraz wnosząc o oddalenie protestu w całości. W uzasadnieniu wskazał na to, że odwołujący był już wzywany do uzupełnienia dokumentów w zakresie w jakim obecnie domaga się wezwania i zadośćuczynienie żądaniu odwołującego byłoby naruszeniem zasady jednokrotności wezwania. Ponadto Izba w swoim wyroku stwierdziła, że mimo uzupełnienia dokumentów odwołujący warunku określonego w pkt 8.1.2.1) lit. d siwz nie spełnia. Ponadto termin dla zaskarżenia nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów i wezwania do wyjaśnień upłynął. Z tych względów protest jest niezasadny i powinien być oddalony.

Przystąpienie zostało podpisane przez dyrektora naczelnego działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 21 maja 2010r. udzielonego mu przez prezesa zarządu przystępującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

W dniu 25 maja 2010r. zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości. W uzasadnieniu podniósł, że czynność badania i o ceny ofert powtórzył zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 19 kwietnia 2010r. Wskazał, że odwołujący na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 2 lutego 2010r. znak JRP/44/552/2010r, które nie zostały złożone wraz z ofertą lub zostały złożone z błędami, w tym. M.in. uzupełniony Wykaz wykonanych usług załącznik nr 3 zawierający brakujące informacje tj.

a) określenie wymaganych wartości robót dotyczących budowy :

- stacji wodociągowej,

- stacji uzdatniania wody,

b) określenie wymaganej wydajności stacji uzdatniania wody,

c) wymaganej informacji o wydaniu Świadectw Przejęcia na roboty dotyczące budowy:

- stacji wodociągowej,

- stacji uzdatniania wody,

Wskazał w piśmie z dnia 11 lutego 2010r. między innymi w zakresie stacji uzdatniania wody jako usługę spełniającą wymóg pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania 2003/PL/16/P/PE/040-II pod nazwą „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – gospodarka osadami” w Rzeszowie wskazaną w pkt. 7 wykazu usług.

Według zamawiającego zapis w dokumentach uzupełniających został rozszerzony o opis wybudowanych elementów składowych inwestycji, jednakże nie potwierdza, iż była to budowa całkowicie nowej stacji uzdatniania wody, a tylko modernizacja. Zamawiający wskazał, że odwołujący już raz uzupełnia dokument wykaz wykonanych usług wskazując inwestycję polegającą na modernizacji, a nie budowie stacji. Zamawiający nie mógł ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie, gdyż byłoby to naruszenie zakazu jednokrotnego wzywania, a ponadto termin na zaskarżenie błędnego wezwania do uzupełnienia upłynął w dniu 12 lutego 2010r., a odwołujący był bierny w tym zakresie i w ustawowym terminie nie wniósł protestu.

W dniu 2 czerwca 2010r. (wpływ bezpośredni do Izby) od rozstrzygnięcia protestu odwołanie wniósł odwołujący podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu w odniesieniu do oferty odwołującego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy.. Odwołujący wskazał na swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia, podtrzymał dotychczasową argumentację rozszerzając ją o rys historyczny oraz wskazanie, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów nie może być zaskarżona, gdyż sama w sposobie nie rodzi skutków dla interesu prawnego wykonawcy, a zaskarżeniu podlega dopiero wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2009r. sygn. akt V Ca 1805/09. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w jego siedzibie w dniu 2 czerwca 2010r.

W dniu 14 czerwca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując na swój interes prawny. Przystąpienie zostało podpisane przez prezesa zarządu przystępującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS, którego odpis załączono do oferty, a kopie przystąpienia zostały zamawiającemu i odwołującemu przekazane przed otwarciem posiedzenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 2 lutego 2010r., odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 lutego 2010r., oferty odwołującego, akt Izby sygn. akt KIO/UZP 461/10 tj. protestu, przystąpienia do postępowania protestacyjnego, rozstrzygnięcia protestu, odwołania przystąpienia do odwołania, protokołu posiedzenia/rozprawy, wyroku Izby z dnia 19 kwietnia 2010r. ustaliła, co następuje :

W dniu 17.02.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej odwołującego.

W dniu 26.02.2010 r. (faxem) przystępujący złożył protest na:

- czynność podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ECM,
- zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum ECM, zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Wnosił o:
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum ECM,
- odrzucenie oferty Konsorcjum ECM,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z Pzp.

Zamawiający w pkt 8 (Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” określił warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał niezbędne dokumenty, jakie Wykonawcy zobowiązani są złożyć w celu potwierdzenia spełniania tych warunków.

Przystępujący podnosił, iż wybór oferty Konsorcjum ECM, stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż wybrany Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazał na pkt 8.1.1) IDW - część I SIWZ, w którym Zamawiający określi warunek dotyczący wymaganego doświadczenia. Przystępujący podniósł, że odwołujący wykazał się referencją dotyczącą „*Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej - gospodarka osadami*”, która nie spełnia warunków żądanych przez Zamawiającego. W przedmiotowej referencji podana jest informacja, że usługa polegała na modernizacji Stacji Uzdatniania Wody, co nie jest równoznaczne z budową. Odwołujący wykazał się wykonaniem nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.

„Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej - gospodarka osadami „Zwiężczyca I i H” realizowanego na warunkach kontraktowych FIDIC. Zgodnie z powyższym zakres nadzorowanych robót budowlanych dotyczył modernizacji istniejącego Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej w Zwiężczy w zakresie realizacji związanej z gospodarką osadami, co oznacza, że obiekt Stacji Uzdatniania Wody nie był przedmiotem nadzoru. Natomiast zgodnie z wymogami określonymi przez Zmawiającego należało wykazać się realizacją usługi, której przedmiotem był nadzór nad realizacją zakończonych robót budowlanych dotyczących budowy stacji uzdatniania o wydajności, co najmniej 2000m³/dobę, o wartości robót, co najmniej 2 500 000 PLN netto, realizowanych według warunków kontraktowych FIDIC lub według procedur równoważnych. W nawiązaniu do przytoczonego powyżej wymogu Zamawiającego przystępujący wskazał, że tegoż warunku wskazana w ofercie przez Konsorcjum ECM usługa nie spełnia. Zakres realizacji nadzoru nad realizacją robót budowlanych dotyczących budowy stacji uzdatniania, realizowanych według warunków kontraktowych FIDIC lub według procedur równoważnych, jest, bowiem dużo bardziej złożony i obejmuje całość robót budowlanych związanych z budową stacji uzdatniania i nie może dotyczyć jedynie wycinka całości dotyczącego np. zakresu gospodarki osadami. Przystępujący podkreślił, że odwołujący został już raz wzywany do uzupełnienia oferty w zakresie wykonanych usług o uzupełnienie wartości robót dotyczących budowy sieci wodociągowej, wymaganej informacji o wydaniu Świadectwa Przejęcia na roboty budowlane dotyczące budowy sieci wodociągowej, stacji uzdatnia wody i o podanie wydajności oraz wartości robót budowlanych dotyczących budowy stacji uzdatniania wody i nie może on powtórnie jej uzupełnić.

W dniu 2.03.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 4.03.2010 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum ECM, wnosząc o oddalenie wszystkich zarzutów podniesionych w proteście, jako niezasadnych. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu przystępującego nastąpiło w dniu 08.03.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. Według zamawiającego warunek określony w pkt 8.1.1) d) IDW - część I SIWZ spełnia usługa wskazana przez odwołującego w poz. 7 wykazu usług dot. nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej-gospodarka osadami” - inwestycja realizowana przy współfinansowaniu ze środków Funduszu Spójności. Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej „Zwiężczyca I i II” o wydajności średniodobowej 84 000 m³/dobę, realizowana wg warunków FIDIC obejmowała:

1) budowę pompowni popłuczyn i osadów w Stacji Uzdatniania Wody nr I i II z modernizacją osadów pokoagulacyjnych,

- 2) budowę pompowni przewałowej,
 - 3) budowę placu operacyjnego magazynowania osadu odwodnionego,
 - 4) budowę zespołu odstożników,
 - 5) budowę obiektu pras wraz z instalacją stabilizacji osadu cementem,
 - 6) modernizację odmulników na ZUW nr I i II
- 1) budowę przewodów technologicznych. Świadczenie Przejęcia wydane 30.11.2007 r.

Z w/w opisu wykonania tej Inwestycji, jak również z referencji wynika jednoznacznie, że przedmiotowa inwestycja była budową, a nie modernizacją. Zamawiający ocenił warunek na podstawie zakresu robót, które były realizowane w trakcie Modernizacji Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej będące tożsame z robotami związanymi z budową danego obiektu. Uznanie inwestycji za budowę lub modernizację uzależnione jest od zakresu robót, które zostały zrealizowane, nie zaś od nazwy tej inwestycji. Wykazany zakres robót jednoznacznie wskazuje, że inwestycja ta była budową, a nie modernizacją. Błędne nazwanie przez inwestora inwestycji „modernizacją” nie może stanowić podstawy do wykluczenia tej inwestycji jako budowy. Stanowisko takie jest zgodne z treścią art. 65 § 1 Kc. Ponadto należy dodać, że pojęcie „modernizacja” ma charakter potoczny i brak jest definicji legalnej „modernizacji” w ustawie Prawo budowlane. W związku z powyższym Zamawiający jako podstawę doświadczenia odwołującego, przyjął referencje dotyczące realizacji inwestycji pn. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej „Zwięczyca I i II”.

W dniu 18.03.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) na oddalenie protestu przystępujący wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty oraz wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem).

W dniu 19.03.2010 r. Zamawiający faxem przekazał odwołującemu (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 30.03.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) odwołujący, po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Izba rozpoznała odwołanie w dniu 14 kwietnia 2010r. i w dniu 19 kwietnia 2010r. wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu, W uzasadnieniu zaś uznała, że „Przystępujący nie spełnił warunku wynikającego z ust. 8.1.2.1) lit. d SIWZ” - przystępującym był odwołujący w bieżącej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy. Jak wynika z poczynionych przez Izbę ustaleń stanu faktycznego w postępowaniu toczącym się na skutek protestu przystępującego z dnia 26 lutego 2010r. odwołujący był wykonawcą wezwanym w trybie art. 181 ust. 3 ustawy i wziął udział w tym postępowaniu w charakterze przystępującego tak na etapie postępowania protestacyjnego jak i odwoławczego. Przedmiotem tego postępowania była, podnoszona obecnie, kwestia oceny spełniania przez odwołującego warunku posiadania wymaganego doświadczenia w zakresie pkt 8.1.2.1) lit. d siwz. Postępowanie zakończyło się ostatecznym rozstrzygnięciem protestu przystępującego w dniu 19 kwietnia 2010r. tj. w dniu wydania wyroku przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO/UZP 461/10 (art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy). Izba w tym wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i to wskazując, że czynności te powinny być podjęte zgodnie z okolicznościami i ich konsekwencjami wynikającymi z uzasadnienia wyroku. W uzasadnieniu wyroku zaś Izba ustaliła i zważyła, że odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.1.2.1) lit. d siwz i że był już wzywany do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w odniesieniu do oceny spełniania przez niego warunku wymaganego doświadczenia z pkt. 8.1.2.1) lit. d siwz. W tej sytuacji odwołujący miał jedynie możliwość kwestionowania ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 26 lutego 2010r. w drodze skargi do sądu okręgowego właściwego dla siedziby zamawiającego. Zamawiający w dniu 7 maja 2010r. powtarzając czynność badania i oceny ofert i wykluczając odwołującego z postępowania dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 26 lutego 2010r. Biorąc powyższe pod uwagę z uwagi na zasadę koncentracji postępowania odwoławczego Izba uznała, że zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji zamawiającego i przystępującego dotyczącej wniosku o odrzucenie odwołania z powodu wniesienia go przez podmiot nieuprawniony tj. na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy ani wniosku o odrzucenie odwołania z powodu wniesienia go z uchybieniem formalnym tj. bez pełnomocnictwa, które zdaniem zamawiającego i odwołującego należało dołączyć na podstawie § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 8 stycznia 2010r. dla Pani Sylwii Szymańskiej oraz pełnomocnictwo z dnia 7 stycznia 2010r. udzielone przez ECM GROUP Polska sp. z o.o. i AECOM sp. z o.o. spółce ECM

GROUP Polska sp. z o.o., a zatem zarzut naruszenia przez odwołującego § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań nie potwierdził.

Odnośnie zarzutu złożenia odwołania przez podmiot nieuprawniony tj., wyłącznie przez jednego członka konsorcjum to, Izba stwierdza, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Pełnomocnictwo z dnia 7 stycznia 2010r. – pełnomocnictwo konsorcjalne mocowało ECM GROUP POLSKA sp. z o.o. reprezentowaną jednoosobowo przez Prezesa Zarządu Aleksandra Dżogę do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy. Pełnomocnictwo to wskazywało konkretną nazwę postępowania, upoważniało do składania protestów do Zamawiającego oraz przyłączania się do postępowań protestacyjnych wszczętych na skutek wniesienia protestów przez innych wykonawców na wykonanie czynności oraz na zaniechanie wykonania tych czynności przez zamawiającego w trakcie postępowania w trybie art. 180 ustawy w imieniu wykonawców występujących wspólnie, składania odwołań oraz przyłączania się do wszczętych na skutek odwołań wniesionych przez innych wykonawców od decyzji zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 184 ustawy w imieniu wykonawców występujących wspólnie, reprezentowania wykonawców występujących wspólnie na posiedzeniach i rozprawach Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących złożonych odwołań od decyzji Prezesa UZP oraz składania w postępowaniu odwoławczym stosownych wyjaśnień w formie ustnej i pisemnej w trybie art. 186 ustawy oraz do ustanawiania pełnomocników w tym zakresie. Pełnomocnictwo obejmowało także prawo do ustanawiania dalszych pełnomocnictw w zakresie niniejszego pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo udzielone przez Aleksandra Dżogę Sylwii Szymańskiej upoważniało ją do składania protestów do Zamawiającego oraz przyłączania się do postępowań protestacyjnych wszczętych na skutek wniesienia protestów przez innych wykonawców na wykonanie czynności oraz na zaniechanie wykonania tych czynności przez zamawiającego w trakcie postępowania w trybie art. 180 ustawy, składania odwołań oraz przyłączania się do wszczętych na skutek odwołań wniesionych przez innych wykonawców od decyzji zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 184 ustawy podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Kontrakt nr 2a: inżynier kontraktu dla pozostałego zakresu robót budowlanych tj. kontrakty 6, 6A, 7, 8A, 9, 10, 11, 12. Bezsporne jest, że ECM Group Polska nie brała udziału w postępowaniu występując samodzielnie lub wspólnie z innym niż AECOM sp. z o.o. podmiotem. Zatem wskazanie w pełnomocnictwie substytucyjnym dla Sylwii Szymańskiej, że w sposób nie budzący wątpliwości wynikało, że pełnomocnik substytucyjny działa w imieniu obu członków konsorcjum. Takie działanie czyni zadość wymogom art. 106 kc stosowanego odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy.

Wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie tj. w trybie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy także nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż jak wynika z treści protestu i odwołania odwołujący nie kwestionuje wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 2 lutego 2010r., stwierdza jedynie, że powinno to być wezwanie do wyjaśnień, natomiast podnosi, że nie zachodzi przeszkoda do ponownego wezwania go do uzupełnienia dokumentów, gdyż zakres pierwotnego wezwania nie dotyczył konieczności wykazania się przez odwołującego nadzorem nad budową stacji uzdatniania wody pitnej, a jedynie wydajności takiej stacji i wartości inwestycji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenie 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.07.128.886 zm. Dz.U.2008.182.1122), przy czym za uzasadnione uznano koszty zastępstwa przez pełnomocnika w wysokości maksymalnej określonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. brutto.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....