

WYROK

z dnia 9 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Marta Polkowska**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **23 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę **R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K., ul. Kwiatowa 39, Izabelin Dziekanówek, 05 - 092 Łomianki,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie, ul. Poznańska 49, 62 -510 Konin,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego **R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K.** z postępowania i unieważnienie czynności uznania jego oferty za odrzuconą,

1.2 nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

1.3. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego **R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K.** do złożenia oświadczenia, iż „wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych, a wynikających z niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia

dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej”,

1.4. w przypadku ponowienia powyższego wezwania w trybie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp - zobowiązuje do jednoczesnego przedstawienia odwołującemu **R. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K.** dowodów, o których mowa w tym przepisie,

1.5. nakazuje powtórzenie czynności oceny oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie, ul. Poznańska 49, 62 -510 Konin,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K.**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie, ul. Poznańska 49, 62 -510 Konin** na rzecz odwołującego **R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K., ul. Kwiatowa 39, Izabelin Dziekanówek, 05 -092 Łomianki** kwotę łączną **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), w tym tytułem zwrotu:

a) kosztów wpisu od odwołania -**15 000,00 zł**

b) kosztów zastępstwa przez pełnomocnika - **3 600,00 zł**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 145/15

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwaniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie” przeprowadzonego w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu kanalizacyjnego Miasta Konina”.(Dz. Urz. UE 2014/S 218-385229 z 12.11.2014 r.) (JRP/4/360/2014), w dniu 23 stycznia 2015 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K. z siedzibą w Łomiankach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu z dnia 13 stycznia 2015 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania uznania jego oferty za odrzuconą i o unieważnieniu przetargu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 stycznia 2014 r. zgłoszenia do postępowania odwoławczego nie złożył żaden wykonawca.

Odwołanie dotyczy czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

1. Unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp”, tj.:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, zaś odwołujący nie mógł być wykluczony z udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2a i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, w związku z rzekomym rażącym niedbalstwem wynikającym z niewykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego, dostawy, montażu, uruchomienia i rozruchu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwaniania

osadów mieszanych pochodzących z mechaniczno - biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie”, w ramach umowy z dnia 8 stycznia 2014r. nr DPZ/3/2014, podczas gdy odwołujący wykonał należycie zamówienie wynikające z wymienionej umowy.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności dokonanych przez zamawiającego w zakresie: wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą,
- b) unieważnienia czynności dokonanych przez zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania,
- c) ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
- d) dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty odwołującego
- e) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu technologii i urządzenia oczyszczania ścieków i przeróbki osadów (gospodarka wodno-ściekowa) - na okoliczność możliwości spełnienia zakładanych w SIWZ dla przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż, uruchomienie oraz rozruch wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie” (Dz. Urz. UE 2013/S 196- 338194 z 09/10/2013) parametrów dotyczących realizacji umowy z dnia 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014 przy użyciu pracy wirówki zagęszczająco -odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków „Lewy Brzeg” w Koninie:
 - na okoliczność odstępstw w zakresie przedstawionego przez zamawiającego osadu od założonego w opisie przedmiotu zamówienia,
 - na okoliczność wpływu odstępstw w zakresie przedstawionego przez zamawiającego osadu na realizację przez odwołującego zobowiązania umownego, oraz
 - na okoliczność czy przedmiotowe urządzenie odpowiada warunkom urządzenia opisanego w SIWZ,
- f) przesłuchanie w charakterze strony R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K. na okoliczność wykonania przedmiotu umowy z dnia 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014 polegającego na dostawie i montażu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków „Lewy Brzeg” w Koninie oraz na okoliczność przyczyny braku zapłaty

przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. za wykonane zamówienie, na okoliczność odstępstw w przedmiocie jakości osadu pod kątem zgodności jego charakterystyki ze wskazaną w dokumentacji przetargowej z 2013r., na okoliczność wpływu odstępstw na realizację przez odwołującego zobowiązania umownego,

g) przesłuchanie w charakterze świadka J. S., R. K. (dane kontaktowe jak odwołującego) na okoliczność realizacji przez odwołującego przedmiotu umowy, na okoliczność odstępstw w zakresie zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Ponadto, odwołujący wyjaśniał, że w dniu 23 grudnia 2014 r. został wezwany przez zamawiającego do złożenia pisemnego oświadczenia w trybie art. 24 ust 2 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, iż podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości, oraz naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych, a wynikających z niewykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwaniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie, wynikającego z podpisanej w dniu 8 stycznia 2014 r. umowy nr DPZ/3/2014.

W dniu 2 stycznia 2015 r. (pismem z dnia 30 grudnia 2014 r.) odwołujący poinformował zamawiającego, iż nie naruszył on obowiązków zawodowych wynikających z rzekomego niewykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 13 stycznia 2015 r. zamawiający podnosił, że „wobec faktu, iż odwołujący w określonym przez zamawiającego terminie nie złożył oświadczenia w formie pisemnej w trybie art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszył warunek wynikający z SIWZ dotyczący niepodlegania wykluczeniu z postępowania” (pkt. VI 25 Tomu I -IDW do SIWZ) – wykonawca został wykluczony z postępowania.

Dowód: 1. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. Pismo z dnia 30 grudnia 2014 r.

Z argumentacją zamawiającego odwołujący się nie zgodził z powodów opisanych poniżej.

Zaprzeczał twierdzeniom, aby w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania naruszył obowiązki zawodowe, czym dopuścił się rażącego niedbalstwa w przedmiocie

niewykonania lub nienależytego wykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego „dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwaniania osadów mieszanych (...)”. Podkreślił, iż wbrew zarzutom zamawiającego umowa z dnia 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014 dotycząca postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż, uruchomienie oraz rozruch wirówki (...) została zrealizowana.

Dowód: 1. umowa z dnia 8 stycznia 2014r.,
2. ogłoszenie o przetargu do umowy z dnia 8 stycznia 2014r.,
3. SIWZ dot. umowy z dnia 08 stycznia 2014r.,
4. pismo odwołującego z dnia 27 stycznia 2014r. - dot. przekazania harmonogramu robót,
5. pismo odwołującego z dnia 27 stycznia 2014r. - dot. przekazania planu BIOZ,
6. pismo odwołującego z dnia 27 stycznia 2014r. - dot. przekazania dokumentacji wirówki,
7. pismo odwołującego z dnia 31 marca 2014r. - dot. przekazania listy pracowników,
8. pismo odwołującego z dnia 30 kwietnia 2014r. - dot. przekazania wniosków materiałowych.

W ramach umowy z dnia 8 stycznia 2014 r. odwołujący był zobowiązany do dostarczenia wirówki o danych technicznych wskazanych w dokumentacji przetargowej (specyfikacja istotnych warunków zamówienia z 2013 r.) - która podczas pracy na osadzie ściekowym zapewnianym przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej miała osiągnąć parametry określone w treści dokumentacji przetargowej.

W toku realizacji przedmiotu umowy z dnia 8 stycznia 2014 r. odwołujący dostarczył zamawiającemu wymagane urządzenie i przystąpił do prób na osadzie dostarczonej przez zamawiającego. W toku prowadzonych prób jakość osadu zaczęła budzić wątpliwości pod kątem zgodności jego charakterystyki ze wskazaną w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący przeprowadził badania oraz ekspertyzy osadu, które w efekcie doprowadziły do wniosku, iż wskazany osad zastany przez odwołującego na etapie prób nie ma charakterystyki wskazanej przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślił, iż w toku realizacji umowy z dnia 8 stycznia 2014 r. informował zamawiającego o zaistniałych okolicznościach, gdzie stan faktyczny wskazywany przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie był tożsamy ze stanem, jaki występował na etapie realizacji umowy.

- Dowód: 1. pismo z dnia 29 lipca 2014r.
2. przesłuchanie R. K., R. K., J. S.
3. pismo z dnia 10 października 2014r.

Odwołujący zlecił wykonanie ekspertyzy osadu. Zgodnie z wnioskami ekspertyzy wykonanej przez dr inż. Ł. F.-P.: „w materiałach przetargowych określono, że do procesu odwadniania kierowany jest osad zmieszany osad wstępny z osadnikami wstępnymi oraz dwa osady nadmierne. Osad wstępny z osadnikami wstępnymi to osad świeży, nie zagniły. Osad obecnie występujący na Oczyszczalni Ścieków w Koninie odbiega swymi właściwościami fizyko chemicznymi - od osadu świeżego. Jest to osad zagniły w fazie fermentacji kwaśnej zhydrolizowany (o czym świadczy niskie pH, wysokie stężenie kwasów organicznych, ujemny potencjał Redox). Osad będący w fazie fermentacji kwaśnej jest osadem trudnoodwadnialnym, o zmieniających się w czasie parametrach fizycznych. Rozbieżności w zakresie cech charakterystycznych osadu wstępnego świeżego, a obecnie występującego na oczyszczalni ścieków w Koninie są bardzo istotne, co ma swoje konsekwencje w postaci braku realnych (obiektywnych) możliwości uzyskiwania zakładanych w SIWZ parametrów osadu przy użyciu pracy wirówki.” „Podczas wizji lokalnej zostały pobrane próbki osadu zmieszanego przed wirówką oraz próbka filtratu z wirówki ” tj:

Analiza fizyko - chemiczna osadu: OZNACZENIE; JEDNOSTKA; WARTOŚĆ

Sucha masa; g/dm³; % 21,3; % 2,13

Uwodnienie - % 97,87

Sucha masa organiczna g/dm³ %15,44; %72

Sucha masa mineralna g/dm³ % 5,8; % 28

Odczyn pH 5,8

Zasadowość mVal/dm³ 29,3

Potencjał Redox Mv; -228

LTK CH₃COOH g/m³;1380

Opór właściwy 3,2 x10¹⁵

Analiza fizyko -chemiczna filtratu z wirówki: OZNACZENIE; JEDNOSTKA; WARTOŚĆ

Zawiesina ogólna g/dm³; 13,55

Zawiesina mineralna g/dm³; 0,75

Zawiesina organiczna g/dm³; 2,80

Udział substancji organicznej w zawiesinie % 78,8

Sucha masa ogólna g/dm³; 5,1

Sucha masa organiczna g/dm³; %3,16 % 62

Sucha masa mineralna g/dm³; %1,94 % 38

ChZT g/dm³; 9790

Potencjał Redox mV -150

Odczyn PH 5,9

Odwołujący wyjaśniał, że wizja lokalna prowadzona przez dr F.- P. miała miejsce na początku sierpnia 2014r. tj. po dostarczeniu wirówki przez odwołującego i pierwszych oznakach, iż próby kontraktowe nie wskazują, iż zostaną osiągnięte parametry zakładane umową. Za znaczący fakt odwołujący uznał, iż podczas wizji lokalnej dr F. – P. w celu poboru próbek na terenie Oczyszczalni obecny był również Kierownik Oczyszczalni A. P. . Ponadto w ekspertyzie tej wskazano, że: *„Analizując otrzymane wyniki badań można stwierdzić, że w badanym osadzie udział substancji organicznych jest niższy od podanego w SIWZ. Nie jest to osad świeży (wstępny) tylko zagniły w fazie hydrolizy i fermentacji kwaśnej o czym świadczą: niskie PH, wysokie stężenie kwasów organicznych, ujemny potencjał Redox. Procesowi fermentacji, rozkładu biochemicznego w warunkach beztlenowych ulega martwa masa organiczna czyli w szczególności osad wstępny. Żywa masa organiczna nie ulega rozkładowi, stąd osad nadmierny trudno fermentuje. W fazie hydrolizy (pierwsza faza fermentacji) następuje upłynnienie suchej masy osadu, rozkład spolimeryzowanych, nierozpuszczalnych związków organicznych, białek, węglowodanów i tłuszczów do aminokwasów, wielocukrów i kwasów tłuszczowych. W procesie hydrolizy zmieniają się właściwości fizyczne osadu ich struktura, rośnie opór właściwy, zmieniają się właściwości reologiczne - osad staje się substancją tiksotropową. Osad zhydrolizowany w fazie fermentacji kwaśnej bardzo trudno się odwadnia trudno taki osad sflokulować, osad posiada duże ilości wody związanej fizycznie i chemicznie. Osad zagniły w fazie fermentacji kwaśnej różni się swoimi właściwościami fizycznymi od osadu wstępnego (świeżego).”*

Dowód: 1. ekspertyza dr inż. Ł. F. –P.

Powyższe okoliczności dotyczące osadu (o charakterystyce odmiennej od opisanej w SIWZ) podczas pracy dostarczonej przez odwołującego wirówki w ramach przetargu nieograniczonego na „Dostawę, montaż, rozruch i uruchomienie wirówki...” zdaniem odwołującego nie pozwalały na osiągnięcie wymaganych umową parametrów, co wielokrotnie w toku realizacji umowy zgłaszał zamawiającemu.

Dowód: 1. pismo z dnia 10 października 2014r.

2. przesłuchanie R. K., J. S., R. K. .

Pismem z dnia 27 maja 2014r. odwołujący poinformował zamawiającego, iż w dniu 23 maja 2014r. zakończone zostały wszystkie prace montażowe oraz dokonano sprawdzeń kontrolnych hydraulicznych i elektrycznych, gdzie protokoły z kontroli elektrycznych wraz z dokumentami powykonawczymi producentów urządzeń przekazane zostały użytkownikowi obiektu do sprawdzenia zgodnie z umową.

Dowód: 1. pismo z dnia 27 maja 2014r.

Ponadto pismem z dnia 9 lipca 2014r. odwołujący poinformował zamawiającego, że w dniu 29 czerwca 2014r. zakończył uruchomienie urządzeń i przeprowadził próby eksploatacyjne, gdzie wyniki prób zostały przekazane użytkownikowi oczyszczalni.

Dowód: 1. pismo z dnia 9 lipca 2014r.

Następnie pismem z dnia 10 października 2014. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o dokonanie odbioru przedmiotu dostawy i rozliczenie wykonanych prac, bowiem istniały podstawy do dokonania odbioru końcowego, czego bezzasadnie unikał zamawiający.

Dowód: 1. pismo z dnia 10 października 2014r

Zamawiający nie biorąc pod uwagę przedstawianych mu przez odwołującego dowodów popierających stanowisko wykonawcy, w ocenie odwołującego bezzasadnie uznał, iż brak spełnienia zakładanych parametrów jest wynikiem nienależytej realizacji przedmiotu umowy przez odwołującego, gdzie następnie pismem z dnia 28 października 2014r. odstąpił od umowy z odwołującym zawartej 8 stycznia 2014r. z przyczyn leżących po stronie odwołującego, tym samym wyznaczając termin na demontaż dostarczonej przez odwołującego wirówki.

Odwołujący zaznaczał, że oświadczenie zamawiającego z dnia 28 października 2014r. o odstąpieniu od umowy zawartej 8 stycznia 2014r. jest bezskuteczne, bowiem przedmiot umowy nr DPZ/3/2014 w postaci dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków „Lewy Brzeg” w Koninie został zrealizowany przez odwołującego i z tego tytułu przysługuje mu wynagrodzenie, którego odwołujący do dnia dzisiejszego nie uzyskał. Zwracał uwagę na fakt, iż dokumenty zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostały przekazane zamawiającemu w terminie, a prace montażowe zostały ukończone około miesiąca przed terminem umownym.

Dowód: 1. pismo zamawiającego z dnia 28 października 2014r.

2. przesłuchanie R. K., J. S., R. K.

Podkreślił, iż działanie zamawiającego jest bezpodstawne, bowiem brak osiągnięcia parametrów umownych przez dostarczone urządzenie wirówki zdaniem odwołującego wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Ponadto odwołujący przedstawił analizę Laboratorium „Doradztwo dla Oczyszczalni Ścieków Kopp - Rzeczoznawcy w Dziedzinie Obróbki Osadów Ściekowych” w Niemczech

zleconą przez producenta urządzenia firmę Flottweg, stwierdzającą: „przy badaniu poszczególnych strumieni osadów stwierdzono, że osad nadmierny nie jest adekwatnie stabilizowany aerobowo, jego parametry znacząco odbiegają od norm, co oznacza, że jest osadem innym niż opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Według niezależnego Laboratorium osad nadmierny o zużyciu tlenu poniżej 100g O₂ (kg Osm x d) jest odpowiednio ustabilizowany. Oba przetestowane osady nadmierne nie są w ogóle stabilne, ponieważ zużycie tlenu jest znacznie wyższe niż 100g O₂ (kg Osm x d) i wynosi 1388g O₂ (kg osm x d) i 695g O₂ (kg Osm x d). Mieszanie trzech strumieni osadów, zwłaszcza domieszanie niestabilizowanego osadu nadmiernego do osadu pierwotnego powoduje powstawanie najbardziej istotnych problemów przy odwadnianiu osadu „Podsumowując należy stwierdzić, iż niewystarczające wyniki odwadniania osadu powstają w samym procesie oczyszczania i z tej przyczyny nie można tym obarczać firmy Flottweg. Wskazujemy, iż aktualnie występujący skład osadu odbiega w zdecydowany sposób od zakładanego w dokumentacji przetargowej zamawiającego, który był podstawą do realizacji zadania inwestycyjnego w Koninie. Jednoznacznie wskazywał, iż zupełnie inne cechy charakterystyczne obecnego osadu obiektywnie skutkują brakiem realnych możliwości osiągnięcia parametrów zakładanych przez inwestora przy użyciu jakiegokolwiek dostępnej wirówki. Technologia z użyciem wirówki przy aktualnym składzie osadów i ich odstępstwach fizykochemicznych (od wskazanych w SIWZ) realnie nie może zapewnić takiego wyniku jak zakładany w dokumentacji przetargowej”.

Dowód: 1. analiza Laboratorium w Niemczech wraz z pismem z dnia 27 sierpnia 2014r.

Odwołujący podnosił, że powodem ciągłych zaburzeń pracy wirówki, są:

1. wahania przepływu osadu podawanego na wirówkę (wahania trwające kilka sekund zdarzające się co 2 -20 minut). Pompa osadu nie była w stanie utrzymać stałego poziomu nadawy 50m³/h. Wahania czasem do 0m³/h i potem skok na 135m³/h. Najczęściej tylko o 10-15 m³/h góra/dół,
2. zawirowania w przepływie dozowanego polimeru. Wahania pompy polimeru średnio co 2 minuty (spadek do 0 m³/h i powrót na wartość zadaną).

Wskazywał, iż zaleganie w wirówce śmieci takich jak: papier, folie, plastik, które sukcesywnie wydostawały się z wirówki z osadem odwodnionym miało również wpływ na jakość odwadniania, gdzie w przypadku materiałów włóknistych następuje obklejanie wnętrza bębna wirówki, tym samym zmniejszając jej wydajność. Odwołujący sugerował, iż elementy śmieciowe pojawiły się dopiero na etapie prób kontraktowych - śmieci znajdowały się w osadzie, który następnie był doprowadzany do wirówki, o czym miały świadczyć załączone zdjęcia. Zamawiający nie wskazywał w dokumentacji przetargowej, iż w podawanym osadzie będą elementy poszczególnych śmieci.

- Dowód: 1. fotografia wirówki przed czyszczeniem zbiornika
2. fotografia wirówki po czyszczeniu zbiornika
3. fotografie ze śmieciami (folie, plastik, papier, materiały włókniste) -szt. 2
4. przesłuchanie R. K., J. S., R. K.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający powołał się na ekspertyzę z dnia 6 października 2014r. dr T. J., jednakże wykonawca uznał, że nie może stanowić ona podstawy do wykluczenia odwołującego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że w przedmiotowej ekspertyzie jako podstawa merytoryczna opracowania zostały podane wyniki wykonane przez Laboratorium PWiK Konin, gdzie zostało stwierdzone, że podczas rozruchu nie uzyskano zakładanych parametrów osadu odwodnionego oraz jakości odcieku sprecyzowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Według oficjalnych wyników badań przeprowadzonych przez Laboratorium PWiK Konin z dnia 16.06.2014 wyniki kontraktowe zostały osiągnięte. Badania z 16.06.2014r. były badaniami próbnymi, których celem było potwierdzenie faktu, iż dostarczona przez odwołującego wirówka została zoptymalizowana. Odwołujący twierdził, iż Firma Flottweg jako producent przedmiotowej wirówki zamierzała oficjalne próby kontraktowe zrealizować w kolejnym tygodniu po próbnym badaniach, które potwierdziły osiągnięcie parametrów umownych. Z uwagi na fakt, iż na prośbę Kierownika Oczyszczalni badania przesunięto o kolejny tydzień, a dynamika zmian charakterystyki osadu była na tyle silna, iż uległ on sfermentowaniu i nie spełniał wymogów osadu podanych w SIWZ.

Dowód: wyniki z badań przekazane drogą mailową przez M. O. Kierownika Działu Laboratorium PWiK Sp. z o.o. w Koninie do Przedstawiciela firmy Flottweg Bartłomieja Sakowicza

Odwołujący wyjaśniał, że po dwóch tygodniach technik z firmy Flottweg rozpoczął oficjalne przeprowadzenie testów, lecz okazało się, że przy takich samych ustawieniach maszyny osad znacznie gorzej podlegał separacji.

Biorąc pod uwagę fakt, że cała instalacja oraz stosowana chemia nie uległa zmianie, jedynym czynnikiem mającym wpływ na zmianę parametrów była jakość osadu podawanego na wirówkę, co odwołujący uznawał za potwierdzone w dalszym okresie specjalistycznymi badaniami.

Autor przedmiotowej ekspertyzy przedstawionej przez zamawiającego dr T. J. wskazał, iż parametry nadawy nie odbiegają od norm - co odwołujący uznał za błędne założenie, tym bardziej w przypadku braku przeprowadzenia badań fizykochemicznych osadu.

Podtrzymał twierdzenia, iż osad wstępny na oczyszczalni ścieków w Koninie jest osadem w pierwszej fazie fermentacji, co ma znaczny wpływ na poziom jego separacji i nie

posiada już charakterystyki osadu wstępnego, co oznacza, że nie spełnia on zapisów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W swojej opinii dr J. wskazuje, iż osiągnięte parametry przez wirówkę (630 mg/l, 21:84% s.m.) są typowymi wartościami opisywanymi w literaturze, po czym w dalszej części opinii stwierdza, że tylko na osadzie wstępnym jest możliwe uzyskanie wartości odwodnienia na poziomie 30%, że mieszanina osadów wstępnego i nadmiernego znacznie pogarsza parametry odwodnienia, a stosunek zmieszania osadu nadmiernego i wstępnego nie ma wpływu na odwodnienie.

Odwołujący podnosił, iż z jego wieloletnich doświadczeń wynika, iż stosunek zmieszania ww. osadów ma ogromne znaczenie i ma charakter linearny dla osiągniętej suchej masy osadu oraz zużycia polimeru. Twierdzenia dr J., iż osad jest zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia uznał za błędne ponieważ zostały przebadane tylko sucha masa oraz substancje organiczne, natomiast osady charakteryzują się wieloma innymi parametrami, m.in. fizykochemicznymi. Sugestia zastosowania większego urządzenia (C7E) zdaniem odwołującego wymagałaby potwierdzenia w dłuższym trybie pracy - co najmniej z przepustowością 27 m³/h.

Odwołujący podsumował, że skoro autor opinii stwierdza, że oczyszczalnia doskonale znała swój osad to znaczy, że świadomie wprowadziła w błąd potencjalnych dostawców, nie żądając urządzeń trzykrotnie przewymiarowanych do swoich potrzeb, ponieważ zainstalowana wirówka ma możliwość pracy nawet na 75 m³/h i 2200 kg sm/h.

Oznacza to według odwołującego, że zamawiający wiedząc o swoich potrzebach powinien zażądać urządzenia o maksymalnej przepustowości do 150 m³/h a nie 60 m³/h. Uznał, że we wnioskach opinii dr J. brak jest informacji o ciągle pogarszającym się odcieku. Nawet przy nadawie na poziomie 25m³/h ciężko było utrzymać stale czysty odciek, który zmieniał się w przeciągu całego dnia pracy. Po zwiększaniu średnicy wychodu fazy ciekłej z 302 do 318 mm zauważono znacznie pogarszający się odciek z wirówki. Pomimo uzyskania kilku wyników s.m. w placku w dopuszczalnym zakresie powyżej 23,75% s.m. utrzymując nadawę na poziomie 24-25 m³/h nie było możliwości dużej regulacji momentu obrotowego ślimaka wirówki nie pogarszając jakości odcieku. Zauważono znacznie węższy zakres regulacji momentu przy większej średnicy tarcz spiętrzających, co przyczyniłoby się do nie możliwości uzyskania ciągłej dopuszczalnej jakości odcieku podczas kolejnej próby 5 dniowych testów. Stale zmieniający się osad ściekowy (różne stosunki mieszanego osadu każdego dnia) powoduje różne wyniki w s.m. w placku. Na przestrzeni kilku tygodniowych testów można było zauważyć znaczne zmiany w wynikach, utrzymując te same ustawienia wirówki.

Odwołujący twierdził, że uzyskane pozytywne wyniki w pierwszych dniach kolejnych testów, znacznie się pogarszały podczas kolejnych dni. Nigdy nie było możliwości pracy na tych samych ustawieniach wirówki przez 5 dni pod rząd.

Dowód: 1. przesłuchanie R. K.

2. przesłuchanie J. S., R. K.,

Za znaczące odwołujący uznawał, iż w ogłoszeniu o przedmiotowym przetargu z 2014r. na dostawę i montaż wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków „Lewy Brzeg” w Koninie z dnia 12 listopada 2014r., w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał niższe parametry wirówki w porównaniu do przetargu z 2013r., co przyjął za potwierdzające jego stanowisko w przedmiocie braku realnych możliwości osiągnięcia parametrów zakładanych przez zamawiającego przy użyciu jakiegokolwiek wirówki w kontekście umowy z dnia 8 stycznia 2014r.

Odwołujący argumentował, że zamawiający ma świadomość, iż aktualne parametry w kontekście umowy z dnia 8 stycznia 2014r. nr DPZ 3/2014 są niemożliwe do osiągnięcia na wirówce C 5E, która jest obecnie zainstalowana na oczyszczalni.

Przedstawił tabelę, w której wyspecyfikował różnice w kontekście wymogów technicznych i technologicznych z postępowania przetargowego z 2014r., a wymogów postępowania przetargowego dotyczącego umowy z dnia 8 stycznia 2014r.

Lp. Wymogi techniczne i technologiczne; Wymogi z postępowania przetargowego z listopada 2014r.; Wymogi z postępowania przetargowego z 2013r. dotyczącego umowy z dnia 8 stycznia 2014r

- 1 Wartość minimalna: ok. SMorg.= 73,0%; 73,8%
- 2 Minimalna wydajność hydrauliczna wirówki 50 m³/h; 40 m³/h
- 3 Punkt 3.1.1 c Z uwagi na trwającą modernizację oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie ww. strumień osadu nadmiernego może być niedostępny do odwodnienia; Brak
- 4 Minimalna wydajność wirówki 1000 kg s.m./h; 800 kg s.m./h
- 5 Wymagany efekt odwodnienia 24% SM; 25% SM
- 6 Wymagany czas testów 5h dziennie; i 6h dziennie
- 7 Używany polimer Zużycie polimeru; Granulat lub emulsja 12g/kg SM; Tylko granulat 14g/kg SM
- 8 Pojawił się zapis odnośnie ilości środka przeciw- piennego 0,005 1/m³; brak

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazywał, iż zmniejszenie ilości substancji organicznej jak ma to miejsce w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku

przetargu z listopada 2014 r. może spowodować prostszy proces odwodnienia osadu. W przetargu z 2014 r. zwiększyły się wymagania dotyczące minimalnej wydajności hydraulicznej wirówki. Ponadto w przetargu z listopada 2014r. zmniejszyły się wymagania technologiczne, z 25% na 24% SM, gdzie 1% dla parametru odwodnienia w przypadku oczyszczalni ścieków jest znaczny, co więcej zamawiający zmniejszył również wymagany czas testów z 6h dziennie na 5h dziennie, gdzie podczas krótszych prób łatwiej jest osiągnąć wymagane parametry. Dopuszczenie przez zamawiającego polimeru w formie emulsji nie było dozwolone podczas testów, a także zamawiający na etapie trwania postępowania przetargowego odmówił stosowania tej formy polielektrolitu. Wskazywał, iż emulsja powoduje dużo mniejsze, lub brak pienienia się odcieku. Pienienie przy użyciu polimeru proszkowego było przyczyną wielu przestojów jak również anulowaniem testów. Na polimerze płynnym uzyskiwania SM jest większa w porównaniu z polimerem proszkowym co najmniej o 1-1,5%, a także klarowność odcieku jest wyższa.

Odwołujący informował, że złożył w Sądzie Okręgowym pozew o zapłatę wraz z wnioskiem o zabezpieczenie dowodu przeciwko zamawiającemu celem wyegzekwowania należnego wynagrodzenia w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia określonego w umowie z dnia 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014.

Dowód: pierwsza strona pozwu wraz z potwierdzeniem nadania do Sądu Okręgowego

Wskazywał, iż ciężar wykazania, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania stosownie do treści art. 24 ust. 2a Pzp spoczywa na zamawiającym. Zdaniem odwołującego zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż taka sytuacja miała miejsce, tym bardziej, iż jak podnosił wcześniej odwołujący uznał, że wykonał przedmiot zamówienia dotyczący umowy z dnia 8 stycznia 2014r. nr DZP/3/2014, za które do dnia dzisiejszego nie otrzymał wynagrodzenia. Zaznaczał, że ustawodawca w sposób wyraźny wskazał na kim spoczywa ciężar dowodowy wykazania przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2a Pzp, zaś zamawiający nie podołał temu obowiązkowi.

Niezależnie od powyższego, odwołujący argumentował, iż nie każde zachowanie „wykonawcy” (abstrahując, iż w tym przypadku odwołujący nie dopuścił się jakiegokolwiek uchybienia) uzasadnia zaktualizowanie się rzeczzonej przesłanki wykluczenia z postępowania, a tylko i wyłącznie kwalifikowana postać naruszenia obowiązków zawodowych. Temu również zamawiający nie podołał, wskazując tylko na „rażące niedbalstwo”. Dodatkowo argumentował, iż przepis art. 24 ust. 2a Pzp nie może być interpretowany w oderwaniu od pro unijnej jego interpretacji, która musi się odbywać przy uwzględnieniu jego pierwotnego wyznaczonego z art. 45 ust. 2 lit d) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur

udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.U.E. L.2004.134.114. ze zm.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Jednocześnie w kwestii rozumienia tego przepisu wypowiedziała się tak doktryna prawa zamówień publicznych, jak również swoje stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości UE. Przywołał wydany w dniu 13 grudnia 2012 r. przez Trybunał Sprawiedliwości UE wyrok w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A. Tym samym jako aktualne w kontekście nowo wprowadzonego do Pzp przepisu art. 24 ust. 2a, pozostaje dotychczasowe stanowisko doktryny oraz Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie art. 45 ust. 2 lit. d) Dyrektywy 2004/18/WE. Odwołujący powołał się na fragment z Komentarza do Prawa Zamówień Publicznych autorstwa M. Stachowiak, J. Jerzykowskiego oraz W. Dzierżanowskiego „Prawo zamówień publicznych - Komentarz LEX, 6. Wydanie, Warszawa 2014, wyd. LEX a Wolters Kluwer business, str. 216-218, który również opisuje przywołany powyżej wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE: *„Przepis dyrektywy wskazuje, że przesłanka wykluczenia określona w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE jest fakultatywna, co oznacza, że państwa członkowskie nie mają obowiązku ich transpozycji do krajowego porządku prawnego, w przypadku przyjęcia zaproponowanej w dyrektywie konstrukcji jej zastosowanie powinno odzwierciedlać cel regulacji zaproponowanej przez ustawodawcę unijnego. Prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą. (...) Redakcja nowego przepisu art. 24 ust. 2a p.z.p. nawiązuje do brzmienia art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz interpretacji tej regulacji wydanych przez TSUE. Tak jak w dyrektywie, również w polskim prawie przesłanka wykluczenia ze względu na poważne naruszenia obowiązków zawodowych jest fakultatywna, jej zastosowanie pozostaje w zakresie decyzji zamawiającego pod warunkiem, że przewidział on zastosowanie podstawy wykluczenia w danym postępowaniu oraz zawarł odpowiednią informację w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji. Wykluczeniu podlega wykonawca, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania naruszył poważnie oraz w sposób zawiniony obowiązki zawodowe. Podstawą do wykluczenia jest, więc stwierdzenie przez zamawiającego, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w określonym czasie przed wszczęciem postępowania naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe. Pojęcie obowiązków zawodowych w polskim systemie prawnym pojawia się głównie w związku z wykonywaniem pracy w określonym zawodzie. W przypadku jednak komentowanego przepisu pojęcie obowiązków zawodowych należy odnosić do podmiotu-wykonawcy a nie osoby fizycznej wykonującej pracę. W interpretacji pojęcia pomocne będzie*

przywołane powyżej orzeczenie TSUE C-465/11, zgodnie z którym obejmuje ono uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych, obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub prawomocnym orzeczeniem sądowym. Użycie sformułowania „poważne naruszenie”, wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. W wyroku TSUE zajął stanowisko również w tej kwestii, wskazując że „pojęcie poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem”. (...) Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest wynikiem działania zamierzonego (wina umyślna) lub działania dotkniętego rażącym niedbalstwem.”

Z powyższego odwołujący wywiódł, że skoro należycie wykonał umowę z dnia 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014, nie może być mowy o zaktualizowaniu się przesłanki skutkującej wykluczeniem odwołującego, o której mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślił, iż zamawiający może wykluczyć wykonawcę w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust 2 a ustawy, jednakże w żaden sposób nie jest do tego zobligowany, co więcej odpowiedzialność wykonawcy została ograniczona do zawinionego zachowania. Mając na uwadze powyższe podtrzymał twierdzenia, iż zamawiający nie wykazał, iż odwołujący swoim zachowaniem wypełnił przesłanki dotyczące wykluczenia. W świetle przedstawionych faktów i argumentów uznał, iż brak było jakichkolwiek podstaw do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia w świetle art. 24 ust. 2a Pzp.

W związku z powyższym za niezasadne i tym samym naruszające art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp uznał też dokonanie przez zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zaktualizowała się bowiem przewidziana tam przesłanka polegająca na tym, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Podtrzymał, że zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego, aby wykluczyć odwołującego z postępowania, ani podstaw do odrzucenia jego oferty. Skoro zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozostaje przynajmniej jeden wykonawca, z niepodlegającą odrzuceniu ofertą, to opisana w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przesłanka unieważnienia postępowania - nie może się zaktualizować.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przesłanej faksem w dniu 6 lutego 2015 r. wnosił o oddalenie odwołania oraz przeprowadzenie dowodów:

- a) z opinii biegłego z dziedziny technologii urządzania oczyszczalni ścieków i przeróbki osadów na okoliczność spełniania przez urządzenie zamontowane przez odwołującego warunków SIWZ;
- b) zeznań świadków:
- c) M. O. na okoliczność terminu i zakresu badań zleconych przez odwołującego do wykonania w laboratorium PWiK Sp. z o.o. oraz uzyskanych wyników, nie pobrania przez odwołującego próbek osadu przed złożeniem oferty;
- d) B. R. na okoliczność sposobu wykonywania umowy przez odwołującego, niespełnianie przez urządzenie zamontowane przez odwołującego warunków SIWZ; nie wykonania przez odwołującego umowy nr DPZ/3/2014 r., przyczyn wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie.
- e) zeznań strony, przy czym przesłuchanie za stroną kierownika Działu Oczyszczania Ścieków A. P. na okoliczność przebiegu realizacji umowy przez odwołującego, parametrów osadu przeznaczonego do odwodnienia oraz uzyskiwanych wyników badań osadu odwodnionego, przyczyn niespełnienia przez urządzenie zamontowane przez odwołującego warunków SIWZ i umowy; nie wykonania przez odwołującego umowy nr DPZ/3/2014 r., kontaktów z odwołującym w trakcie wykonywania umowy.

Ponadto zamawiający wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z korespondencji stron w trakcie postępowania z 2013 r. i w trakcie realizacji umowy nr DPZ/3/2014 r., w tym między innymi:

- x. pisma z dnia 30 lipca 2014 r. na okoliczność oświadczeń złożonych zamawiającemu, w tym potwierdzenie nie wykonania umowy,
- xi. pisma z dnia 30 lipca 2014 r. wezwania przez zamawiającego do dostarczenia wyników prób eksploatacyjnych,
- xii. pisma z 11 września 2014 r. na okoliczność powierzenia wykonania zastępczego części umowy,
- xiii. pisma z 17 września 2014 r. na okoliczność zgody odwołującego na wykonanie zastępcze części umowy,
- xiv. protokołu z dnia 22 września 2014 r. na okoliczność nie zapewnienia przez odwołującego udziału uprawnionej osoby w próbach eksploatacyjnych,
- xvi. opracowania dr T. J. „próby eksploatacyjne wirówki firmy Flottweg” mające na celu potwierdzenie spełnienia podstawowych parametrów wynikających z umowy pomiędzy PWiK

Konin a dostawcą wirówki oraz zawartych w SIWZ, na okoliczność wykonania zastępczego części umowy, wyników prób eksploatacyjnych przeprowadzonych zgodnie z umową.

Zamawiający zapowiedział zgłaszanie innych środków dowodowych.

Zamawiający wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zamawiający przedstawił przebieg czynności w postępowaniu wszczętym ogłoszeniem nr 2014/S 218-385229 z 12.11.2014 r., które pozostawały bezsporne.

Zamawiający nie znajdował podstaw do przypisania mu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania, skoro nie złożono w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający wyjaśniał, że umowa z 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014 r. miała ten sam przedmiot, co przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zaznaczał, że odstąpił od umowy z odwołującym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający podnosił, iż odwołujący uzyskał odpowiedzi na zapytania do SIWZ dot. parametrów osadu do odwodnienia, warunków prób, uzyskał też zgodę na pobranie próbki osadu przeznaczonego do odwodnienia przed złożeniem oferty. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami, że testy przeprowadzone w dniach 12 i 13 czerwca 2014 r. wyczerpywały procedurę określoną w SIWZ - zwaną próbami eksploatacyjnymi, które miały trwać przez 5 kolejnych dni z użyciem wkładu kontraktowego. Zamawiający kwestionował przedstawione przez odwołującego wyniki prób eksploatacyjnych. Przedmiot umowy miał być wykonany do 9 lipca 2014 r. Twierdzenia odwołującego o niezgodności osadu przeznaczonego do odwodnienia z parametrami osadu oznaczonymi w SIWZ zamawiający poczytał jako próbę przerzucenia na zamawiającego odpowiedzialności za niewykonanie przez odwołującego umowy.

Zamawiający wyjaśniał, że odwołujący kilkakrotnie przeprowadzał próby eksploatacyjne, które nie potwierdzały spełnienia wymagań. Zamawiający pismem z dnia 11.09.2014 r. na podstawie § 9 umowy powierzył zastępcze przeprowadzenie prób eksploatacyjnych w dniach 22-28 września 2014 r. na koszt odwołującego. Pismem z 27 października 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o wynikach prób i przekazał mu opracowanie dr T. J. na ten temat. Pismem z dnia 28 października 2014 r. zamawiający złożył oświadczenie, że odstępuje od umowy z 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014 r. z odwołującym i żąda demontażu urządzenia oraz zapłaty kar. Odwołujący do dnia dzisiejszego nie odebrał urządzenia, ani nie uiszczył kar umownych.

Zamawiający w sposób następujący objaśnił warunki wykonania umowy z 8 stycznia 2014 r. nr DPZ/3/2014 r. oraz podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

„Przedmiotem Umowy była dostawa, montaż, uruchomienie oraz rozruch wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie, o parametrach szczegółowo określonych w SIWZ. Zamawiający zwraca uwagę, iż jak wynika z zapisów SIWZ i Umowy przedmiotem Umowy było nie tylko dostarczenie wirówki o parametrach szczegółowo określonych w SIWZ ale również jej montaż, uruchomienie oraz rozruch. Kontraktowym obowiązkiem Odwołującego było również przeprowadzenie na jego koszt, w okresie 20 dni od daty uruchomienia instalacji, prób eksploatacyjnych, potwierdzających zawartość procentową suchej masy w odwodnionym osadzie, zużycie polielektrolitu oraz spełnienie pozostałych parametrów wynikających ze złożonej oferty. Całość przedmiotu Umowy miała zostać wykonana do dnia 09 lipca 2014 r. Zamawiający zwraca uwagę na tę okoliczność ponieważ z wywodów Odwołującego wynika, iż główną miarę przykłada on jedynie do elementu dostawy urządzenia, pomijając inne swoje zobowiązania umowne, co jest działaniem nieuprawnionym. Jakkolwiek montaż, uruchomienie oraz rozruch mają znaczenie tylko po dokonaniu dostawy, to w zakresie obowiązków umownych odwołującego są równorzędne obowiązkowi dostawy urządzenia. Nawet jeżeli wirówka byłaby dostarczona w terminie, prawidłowo zamontowana i uruchomiona ale Odwołujący nie przeprowadziłby jej rozruchu, to należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykonał przedmiotu Umowy. Należy również zwrócić uwagę, iż wszystkie zobowiązania umowne miały być wykonane w z góry określonym czasie, który na wniosek odwołującego (zapytania do SIWZ) został nawet wydłużony w stosunku do pierwotnych założeń. Dla wykonania Umowy istotnym było spełnienie wszystkich obowiązków przez Odwołującego, czego ten nie uczynił, w związku z czym nie wykonał on Umowy. W związku z oznaczeniem terminu wykonania Umowy wszelkie okoliczności, na które powołuje się odwołujący a mające miejsce po 09 lipca 2014 r. nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W poprzednim postępowaniu, jak i w niniejszym odwołaniu Odwołujący skupia się na udowodnieniu twierdzenia, iż osady, które miały być przekazywane do oczyszczania nie odpowiadają właściwościom osadów wskazanych w SIWZ. W odniesieniu do parametrów osadu przeznaczonego do oczyszczenia Zamawiający wskazuje przede wszystkim, iż większość twierdzeń Odwołującego, w szczególności będących powieleniem prywatnych opinii przeprowadzonych na zlecenie Odwołującego, dotyczy rozważań na temat osadu wstępnego. Wyraźnie należy zaznaczyć, czego nie kwestionuje Odwołujący, iż zgodnie z SIWZ oraz treścią Umowy osad przeznaczony do oczyszczania jest osadem zmieszany, z trzech różnych osadów, spośród których tylko jeden jest osadem wstępnym. Wartościami wskazanymi w SIWZ dotyczącymi osadu zmieszanego, przeznaczonego do odwodnienia,

były: wartość suchej masy oraz wartość suchej masy organicznej. W związku z tym bezpodstawne są wszelkie twierdzenia Odwołującego dotyczące jakichkolwiek innych wartości (np. odczynu pH osadu), o niezgodności parametrów z parametrami wskazanymi w SIWZ.

Odnosząc się do treści „Ekspertyzy dla oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie”, na którą powołuje się Odwołujący, Zamawiający podnosi, iż ekspertyza nie potwierdza tezy Odwołującego jakoby osad przeznaczony do odwodnienia odbiegał od osadu opisanego w SIWZ. Głównym zarzutem jaki formułuje autor opinii jest brak posiadania właściwości osadu wstępnego przez osad przeznaczony do odwodnienia. W tej samej ekspertyzie autor wskazuje, iż osad przeznaczony do odwodnienia stanowi mieszaninę trzech różnych osadów, z czego tylko jeden jest osadem wstępnym. Nie posiadając wiedzy specjalistycznej, już z tej przyczyny można stwierdzić, iż ekspertyza, na którą powołuje się Odwołujący jest nierzetelna. Zamawiający wskazuje ponadto, iż ekspertyza nie wskazuje wartości, które były istotne ze względu na postanowienia SIWZ i Umowy ale za to skupia się na innych właściwościach osadu, jak np. potencjale Redox czy odczynie - co nie ma znaczenia ani dla oceny spełniania przez osad przeznaczony do odwodnienia warunków SIWZ ani dla oceny spełniania tych warunków przez osad odwodniony. Autor ekspertyzy wskazuje także, iż sucha masa organiczna w osadzie przeznaczonym do odwodnienia wynosi 72%, tzn. nie spełnia wymogów SIWZ. W tym zakresie Zamawiający wskazuje, iż autor opinii nie uwzględnił błędu pomiarowego, który wynosi 5%. Na marginesie Zamawiający wskazuje, iż autor ekspertyzy nie wskazuje kiedy próbki osadu zostały pobrane ani w jakim odstępie czasu po pobraniu próbek miały miejsce badania osadu - co jest istotne dla oceny wiarygodności badań.

Dla poparcia swoich twierdzeń o niespełnianiu warunków SIWZ przez osad przeznaczony do odwodnienia Odwołujący powołuje się również na „Analizę mikroskopową i test bąbelkowy próbki osadu z OŚ Konin (Polska) tydzień 30/2014 i tydzień 32 2014”. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż analiza dotyczy 30-stego i 32-iego tygodnia 2014 r., tzn. 21-27 lipca i 04-10 sierpnia 2014 r., jak wskazano powyżej jest to czas po upływie terminu na wykonanie Umowy przez Odwołującego. W zakresie ww. analizy Zamawiający również podnosi, iż nie wie kiedy próbki przeznaczone do badania były pobrane oraz wskazuje, że skoro badania przeprowadzone były w Niemczech, to potrzebny był upływ czasu na dostarczenie próbek do laboratorium, które wykonało analizy. Jest to okoliczność nie bez znaczenia ponieważ aby badania były miarodajne muszą być przeprowadzone bezpośrednio po pobraniu próbek. Między innymi dlatego w zapisach SIWZ i Umowy znajdował się zapis, iż badania związane z próbkami eksploatacyjnymi miały być przeprowadzone przez laboratorium PWiK sp. z o. o., zlokalizowane najbliżej miejsca poboru prób - gwarantowało to prawidłowe wyniki badań. Analogicznie, jak w przypadku „Ekspertyzy

dla oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie" omawiana analiza skupia się na parametrach osadu, które nie pokrywają się z parametrami wskazanymi w SIWZ; analiza skupia się m.in. na ustabilizowaniu osadu.

W odpowiedzi na wyniki, powoływanych przez Odwołującego analizy i ekspertyzy, Zamawiający ponownie zwraca uwagę na ustalenia wynikające z opracowania dr Tymoteusza Jaroszyńskiego „Próby eksploatacyjne wirówki firmy Flottweg, mające na celu potwierdzenie spełnienia podstawowych parametrów wynikających z umowy pomiędzy PWiK Konin a dostawcą wirówki oraz zawartych w SIWZ", wykonanego w ramach wykonania zastępczego części umowy z dnia 08 stycznia 2014 r., za zgodą Odwołującego. Z powyższego opracowania jednoznacznie wynika, iż przy użyciu wirówki zamontowanej przez Odwołującego nie osiągnięto zamierzonych parametrów osadu odwodnionego przy zachowaniu wydajności wirówki wyrażonej ilością osadu do odwodnienia oraz ilością suchej masy osadu do odwodnienia na poziomie określonym w SIWZ. Najistotniejszym wnioskiem opracowania jest możliwość uzyskania parametrów osadu odwodnionego zbliżonych (lub równych) do wskazanych w SIWZ jedynie przy dwukrotnie mniejszej (niż wskazana w SIWZ) wydajności wirówki.

Z powyższych rozważań wynika, iż Odwołujący nie miał obiektywnych możliwości wykonania Umowy przy użyciu wirówki, którą dostarczył Zamawiającemu. Biorąc pod uwagę profesjonalny charakter wykonywanej przez Odwołującego działalności należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykonał Umowy tylko i wyłącznie z przyczyn leżących po jego stronie.

V. Podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego. Podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego stanowił przepis art. 24 ust. 2a pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia". Możliwość wykluczenia wykonawcy na ww. podstawie Zamawiający przewidział w pkt. VI.25 Tomu I (IDW) do SIWZ, w związku z czym nie ulega wątpliwości, iż formalnie istniała możliwość wykluczenia wykonawcy na tej

podstawie. Przepis art. 24 ust. 2a pzp stanowi, iż na ww. podstawie wykonawcy nie można wykluczyć, jeżeli udowodni on, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia; Odwołujący nie tylko nie wykazał takiej okoliczności ale nawet nie złożył oświadczenia, o złożenie którego zwrócił się do niego Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. JRP/13330/94/360/2014. W związku z brakiem uregulowania w zakresie czasu oraz sposobu, w jaki wykonawca ma udowodnić ww. okoliczności wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego do złożenia oświadczenia określonej treści uznać należy za najwłaściwsze rozwiązanie. W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący naruszył swoje obowiązki zawodowe, Zamawiający podnosi, iż przepis art. 24 ust. 2a nie nakłada na niego takiego obowiązku. Analizowany przepis stanowi jedynie, że żeby zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę, zamawiający musi jedynie być w stanie wykazać taką okoliczność, za pomocą dowolnych środków dowodowych.

W związku z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 2a pzp oraz wyżej przytoczonymi okolicznościami należy wskazać, iż rozstrzygnięcie niniejszej sprawy zależy w zasadzie od dokonania wykładni ww. przepisu w zakresie, w jakim dotyczy on zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę, które w szczególności może polegać na nie wykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie „pojęcie obowiązków zawodowych należy odnosić do podmiotu - wykonawcy - a nie osoby fizycznej wykonującej pracę. W Interpretacji pojęcia pomocne będzie przywołane powyżej orzeczenie TSUE C-465/11, zgodnie z którym obejmuje ono uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych, obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub prawomocnym orzeczeniem sądowym”. Z powyższym twierdzeniem Odwołującego należy się zgodzić, wynika z niego bowiem, iż naruszenie obowiązków zawodowych przez konkretnego wykonawcę należy odnosić do wykonywanej przez niego działalności gospodarczej.

Odwołujący powołuje się również na brzmienie przepisu art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi z dnia (Dz. Urz. UE, L 2004 Nr 134, str. 114), zgodnie z którym: „Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego

wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające". W tym zakresie Zamawiający zwraca uwagę na odmienne brzmienie ww. przepisu i regulacji art. 24 ust. 2a pzp. Przede wszystkim, zgodnie z przepisami pzp Zamawiający nie musi udowodnić a musi jedynie mieć możliwość wykazania naruszenia dokonanego przez wykonawcę. Ponadto wykonawca odpowiada, nie za wykroczenia zawodowe ale za naruszenia zawodowe, co jest pojęciem szerszym, zgodnym z przytoczonym wyżej rozumieniem sensu przepisu, również przez Odwołującego. Znacząca jest również różnica polegająca na tym, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2a pzp Zamawiający „wyklucza” a nie „może wykluczyć” wykonawcę we wskazanych w przepisie okolicznościach. Obowiązujące normy prawne nie pozostawiają wyboru Zamawiającemu w tym zakresie, regulacja ta ma na celu doprowadzenia do sytuacji, w której zamówienia udzielane są jedynie kompetentnym, wiarygodnym wykonawcom. Za takiego wykonawcę Zamawiający nie mógł uznać Odwołującego, w sytuacji kiedy ten nie wykonał umowy uprzednio zawartej z Zamawiającym; umowy która miała tożsamy przedmiot, co umowa, która miała być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu.

Mając na uwadze powyższe, dla oceny zasadności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a pzp należy w zasadzie dokonać wykładni pojęcia „zawinionego poważnego naruszenia” oraz, ewentualnie, „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”, interpretacja pojęcia „poważne” nie nastręcza większych trudności. Zgodnie z językowym znaczeniem sformułowanie „poważne” (w omawianym przypadku naruszenie), to naruszenie mające zasadnicze znaczenie, znaczenie większe niż naruszenie zwykłe, przeciętne. Nie może budzić wątpliwości, iż naruszenia Odwołującego związane z Umową mają właśnie takie znaczenie. Odwołujący m.in. w ogóle nie przystąpił w terminie do wykonania części Umowy - wykonania testów eksploatacyjnych. Najistotniejszym jednak uchybieniem Odwołującego było nie dostarczenie przedmiotu zamówienia, który gwarantowałby osiągnięcie parametrów określonych w SIWZ.

Interpretując pojęcie „zawinienia” należy w tym zakresie oprzeć się na poglądach utrwalonych w doktrynie i orzecznictwie prawa cywilnego. Winą jest personalna zarzucalność popełnionego czynu i składa się ona z dwóch elementów. Pierwszym, jest element obiektywny czyli bezprawność postępowania, rozumiana jako niezgodność zachowania z treścią zobowiązania; jak wykazano powyżej w niniejszej sprawie jest to niewykonanie Umowy przez Odwołującego. Drugim elementem jest element subiektywny, tj. wadliwość postępowania w ujęciu podmiotowym -podjęcie niewłaściwej decyzji. Subiektywny element winy może stanowić umyślność (w postaci zamiaru bezpośredniego lub zamiaru ewentualnego) lub zarzucalną nieumyślność cechującą się niedołożeniem należytej staranności (w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa). Wzorzec należytej staranności

należy natomiast rozpatrywać indywidualnie w każdym stanie faktycznym. Zgodnie natomiast z art. 355 § 2 k.c. „Należyta staranność dłużnika w zakresie, prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”. Przy dokonaniu wykładni pojęcia zawinienia, w zestawieniu z zaistniałym stanem faktycznym, nie budzi wątpliwości, iż nie wykonanie Umowy przez Odwołującego było następstwem jego zawinionego działania. W tym miejscu Zamawiający stanowczo wskazuje, iż dla ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust 2a pzp warunkujących obowiązek wykluczenie wykonawcy wystarczy ziszczenie się przesłanki zawinionego poważnego naruszenia obowiązków przez wykonawcę -ewentualne nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa stanowi jedynie jedną z możliwych postaci zawinionego poważnego naruszenia obowiązków - świadczy o tym użycie w treści art. 24 ust. 2a pzp sformułowania „w szczególności”. W tym kontekście, już samo niewykonanie prób eksploatacyjnych przez Odwołującego, należy uznać za wypełnienie przesłanek warunkujących wykluczenie go z kolejnego postępowania.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazuje także, iż czynności Odwołującego należy kwalifikować również jako rażące niedbalstwo. Przepisy prawa nie definiują pojęcia rażącego niedbalstwa. Ponownie należy odnieść się do ugruntowanych poglądów doktryny i orzecznictwa. Jak wskazano powyżej rażące niedbalstwo jest postacią winy nieumyślnej i zachodzi gdy sprawca nie ma zamiaru wyrządzić szkody ale narusza pewne normy, bezpodstawnie licząc na to, że do wyrządzenia szkody nie dojdzie lub nie zdaje sobie sprawy, z tego, że jego zachowanie narusza pewne normy mimo, iż powinien mieć taką świadomość. Kwalifikowaną formą niedbalstwa jest rażące niedbalstwo, które w zasadzie zbliża się do pojęcia umyślności. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. (sygn. akt: IV CK 151/03) „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”. Ocena, czy zasady takie przekroczone, musi być dokonywana zawsze w okolicznościach konkretnego przypadku. Natomiast, jak słusznie zauważa Sąd Najwyższy, swoistą granicą i wskazówką interpretacyjną jest fakt, że przepis art. 355 k.c. stawia dłużnikowi wykonanie zobowiązania z należyta starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. O tym, czy w konkretnych okolicznościach można osobie zobowiązanej postawić zarzut rażącego braku staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także

uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwością i powinnością przewidywania odpowiednich następstw swojego zachowania. Dostarczenie przez odwołującego wirówki, która nie mogła spełnić wymagań SIWZ, przy uwzględnieniu doświadczenia i wiedzy odwołującego prowadzi do przekonania, iż jego działania z pewnością nosiły znamiona rażącego niedbalstwa. Warto również nadmienić, iż w zakresie wykonywania Umowy Odwołujący korzystał z wiedzy i doświadczenia producenta urządzenia, które dostarczył Zamawiającemu, tj. Flottweg Separation Technology SE. Producent musiał wiedzieć, jakie możliwości ma każdy z jego produktów - musiał mieć wiedzę, iż urządzenie dostarczone przez Odwołującego nie spełni wymogów SIWZ.

Warto także zwrócić uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2a jest uregulowaniem nowym, na gruncie którego nie zapadały do tej pory (publikowane) orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej czy Sądów Powszechnych. Dlatego po pierwsze, interpretując ww. regulację należy sięgać do ugruntowanych poglądów w zakresie winy oraz rażącego niedbalstwa; po drugie Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając niniejszą sprawę ma możliwość wytyczenia linii orzeczniczej potwierdzającej obowiązki przestrzegania przepisów prawa przez wykonawców umów, zawieranych w ramach zamówień publicznych oraz wskazania prawidłowego zakresu stosowania przez Zamawiających nowej regulacji.

W sytuacji odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z winy Odwołującego oraz w związku z powstaniem roszczenia o zapłatę kary umownej z tytułu niewykonania zobowiązania, w sytuacji gdy ten sam podmiot składa ofertę na wykonanie tożsamego przedmiotu umowy, jedynym słusznym postępowaniem Zamawiającego jest wezwanie Wykonawcy do złożenia oświadczenia w trybie art. 24 ust. 2a zd. 2 pzp. Zamawiający bowiem zasadnie zakłada, iż skoro Wykonawca raz nie wykonał przedmiotu Umowy, to nie wykona go po raz kolejny.

VI. Wnioski dowodowe Odwołującego. W odwołaniu z dnia 22 stycznia 2014 r. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków, przesłuchania stron, opinii biegłego oraz dokumentów. W odniesieniu do wnioskowanych przez Odwołującego dowodów Zamawiający wskazuje, iż wniosek o „przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania”, zawarty w pkt. 8 odwołania nie zawiera wskazania na jakie okoliczności dane dowody miałyby zostać przeprowadzone. W związku z tym wniosek odwołującego nie powinien zostać uwzględniony.

Złożony przez Odwołującego wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane przez Odwołującego należy uznać za nieprzydatny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Okoliczność „możliwości spełnienia zakładanych w SIWZ (...) parametrów dotyczących realizacji umowy z dnia 08 stycznia 2014 r. przy użyciu pracy

wirówki zagęszczająco-odwadniającej" wskazuje jakoby Odwołujący zamierzał wykazać, iż niemożliwym była realizacja Umowy. W tym zakresie Zamawiający podnosi przede wszystkim dwie okoliczności. Po pierwsze, Odwołujący nigdy nie kwestionował możliwości wykonania Umowy. Po drugie aby przeprowadzić taki dowód należałoby na potrzeby jego przeprowadzenia zamontować w przedsiębiorstwie Zamawiającego co najmniej wszystkie dostępne na rynku wirówki spełniające wymagania techniczne opisane w SIWZ. Natomiast okoliczność czy „przedmiotowe urządzenie odpowiada warunkom urządzenia opisanego w SIWZ” jest niepotrzebne. Zamawiający nie kwestionuje, iż parametry techniczne (jak np. stosunek V długości do średnicy bębna wirówki L/D większy lub równy 4) zostały spełnione. Problemem jest brak uzyskania parametrów osadu odwodnionego.

Teza dowodowa jaka została sformułowana dla dowodu z przesłuchania strony, tj. Odwołującego również jest nieprzydatna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zamawiający nie kwestionuje, iż Odwołujący dostarczył i zamontował wirówkę; niewykonanie Umowy polegało na zamontowaniu wirówki, która nie spełniała wymagań SIWZ i Umowy, w zakresie parametrów osadu odwodnionego, tj. elementu, na który Zamawiający dobitnie kładł nacisk w postanowieniach SIWZ i Umowy. Odwołujący nigdy nawet nie przeprowadził testów eksploatacyjnych w sposób opisany w Umowie, czym rażąco naruszył swoje obowiązki.

Również okoliczność, na którą powołani zostali świadkowie J. S. oraz R. K. nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, Okoliczność hipotetycznej możliwości spełnienia zakładanych w SIWZ parametrów dotyczących realizacji umowy nr DPZ/3/2014 przy użyciu pracy przedmiotowej wirówki nie ma znaczenia w związku z niewykonaniem Umowy przez Odwołującego, Zamawiający raz jeszcze podkreśla, iż Odwołujący nigdy nie przedstawił Zamawiającemu wyników testów eksploatacyjnych, z których wynikałoby, że wirówka spełni wymagania w zakresie osiągniętych parametrów osadu odwodnionego.”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, z ogłoszenia o zamówieniu z roku 2013 i z 2014, specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obydwu postępowaniach, oferty odwołującego w postępowaniach, korespondencji stron. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z dokumentacji akt postępowania przetargowego wynika poniższy stan faktyczny.

Przedmiot zamówienia stanowi: „Dostawa i montaż wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwaniania osadów mieszanych, pochodzących z

mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie” prowadzonego w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu kanalizacyjnego Miasta Konina”.

Na ten sam przedmiot zamówienia zamawiający przeprowadził postępowanie w 2013 r. (Dz. Urz. UE 2013/S 196-338194 z 09.10.2013), w wyniku którego zawarł umowę z odwołującym z dnia 8 stycznia 2014r. nr DPZ 3/2014 na dostawę wirówki, jej zamontowanie, wdrożenie produkcyjne z przeprowadzeniem testów eksploatacyjnych.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyli:

1. firma „Pek-Mont” Sp. z o.o.
2. odwołujący R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Varia Tech R. K., ul. Kwiatowa 39, Izabelin Dziekanówek, 05 -092 Łomianki.

W wyniku realizacji umowy z postępowania z 2013 r. odwołujący zamontował wirówkę firmy Flottweg typ C5E.

W postępowaniu prowadzonym w 2014 r. odwołujący zaferował wirówkę nie podał jej typu, ma być to również wirówka firmy Flottweg.

W SIWZ jednego i drugiego postępowania oraz formularzu ofert oraz w umowie zamawiający nie wymagał podania przez wykonawcę typu, modelu, wersji oferowanej wirówki i jej producenta.

Nie wymagał podania danych technicznych oferowanego urządzenia, ani nie wymagał w trybie art. 25 ust 1 pkt 2 przełożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań stawianych przez zamawiającego przez oferowany przedmiot dostawy. Powyższe strony przyznały. Zamawiający podnosił, że w treści SIWZ wyspecyfikował najważniejsze parametry, które urządzenie miało spełniać.

W poprzednim postępowaniu jedyne kryterium stanowiła cena. W obecnym postępowaniu kryterium stanowi cena i współczynnik zużycia energii dla wirówki zagęszczająco-odwadniającej.

Zakres testów w jednym i drugim postępowaniu był ten sam.

Testy eksploatacyjne miały wykazać:

1. minimalną wydajność na poziomie 50 m³/h, czyli w ciągu 1 godziny urządzenie miało przerobić 50m³ osadu.
2. obciążenie masowe 1000 kg suchej masy w nadawie na godzinę - wirówka powinna przerobić.
3. w poprzednim postępowaniu próby eksploatacyjne powinny wykazać, że wirówka zdolna jest uzyskać 25% suchej masy przy powyższych założeniach, w obecnym postępowaniu 24% suchej masy.

4. parametr wskaźnika zanieczyszczeń w odcieku w jednym i drugim postępowaniu był wskazany 800mg/l.

5. wskazano maksymalne zużycie polielektrolitu, który występuje w postaci proszkowej i emulsji.

Zamawiający w poprzednim postępowaniu dopuścił tylko postać proszkową polielektrolitu, a w obecnym także w postaci emulsji. Poprzednio dopuszczona ilość elektrolitu wynosiła 14 g/kg suchej masy osadu, a w obecnym post 12g/kg suchej masy (aktywnej).

Próby miały być prowadzone poprzednio przez okres 5 dni, a obecnie też przez 5 dni. Różnica jest w godzinach, poprzednio próby miały trwać 6 godzin, a obecnie 5.

W nowym postępowaniu pojawił się nowy wymóg określenia maksymalnej ilości środka przeciw piennego.

Jeżeli chodzi o parametry nadawy to jest to jeden ciek osadowy pochodzący z różnych instalacji.

Na strumień osadów dostarczanych do wirówki składały się:

- a. Osad wstępny,
- b. Osad nadmierny z reaktora biologicznego,
- c. Osad nadmierny z reaktora biologicznego z technologii uproszczonej (bez osadnika wstępnego).

Zamawiający przyznał, że parametry nadawy z postępowania 2013 r. w stosunku do postępowania z 2014 r. wykazują następujące różnice określone w SIWZ.

Jeżeli chodzi o zawartość suchej masy w nadawie to w postępowaniu z 2013 r. była wartość minimalna 73,8%, a w postępowaniu 2014 r. 73%. Precyzyjne dane zostały podane przy warunku testów. Warunki testów były podane w SIWZ wraz z założonymi tolerancjami. Więcej różnic zdaniem zamawiającego nie było, jeżeli chodzi o parametry nadawy.

SIWZ pkt. VI. 25 Tomu I (IDW) stanowi, że stosownie do zapisów art. 24 ust. 2a Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszaniu obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Umowa nr DPZ/3/2014 z dn. 08.01.2014r. § 2 ust. 4 zd. 2 umowy, zgodnie z którym „W przypadku nieosiągnięcia wymaganych parametrów dostawca nie otrzyma wynagrodzenia oraz zabierze na własny koszt dostarczony sprzęt”.

W tomie II SIWZ postępowania z 2014 r. zamawiający zawarł Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) z podaniem w punkcie 3.2 wymaganych parametrów wirówki oraz sposobu pomiarów efektów odwodnienia osadu. W postępowaniu z 2013 r. opis przedmiotu zamówienia nie znajdował się w odrębnym załączniku, był zamieszczony wprost w SIWZ.

W punkcie 4.2 formularza oferty wykonawca składał oświadczenie „gwarantujemy wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji (punkt ten był taki sam w formularzu oferty dla obydwu postępowań).

Zamawiający zawarł charakterystykę osadu, informacje o jego pochodzeniu w opisie przedmiotu zamówienia z postępowania z 2014 r. i w SIWZ z 2013 r.

Wymogi z postępowania przetargowego wszczętego 12 listopada 2014r.; Wymogi z postępowania przetargowego wszczętego w 2013 r., nr nadany przez zamawiającego DPA/10/360/2013 r. dotyczącego umowy z dnia 8 stycznia 2014r.

3.1. Dane wejściowe

1. Rodzaj osadu do odwodnienia na wirówce: osad zmieszany pochodzący z następujących urządzeń technologicznych biologicznych oczyszczalni ścieków:

- a) osad wstępny z osadników wstępnych;
- b) osad nadmierny z reaktora biologicznego, oczyszczającego ścieki po osadniku wstępnym, w którym prowadzone są procesy nityfikacji, denityfikacji i defosfatacji,
- c) osad nadmierny z reaktora biologicznego, oczyszczającego ścieki surowe (bez osadnika wstępnego) w którym prowadzone są procesy nityfikacji, denityfikacji i defosfatacji.

2. Wartość suchej masy osadu zmieszanego j.w. do odwodnienia na wirówce pozostaje ta sama w obydwu postępowaniach.

3. Wartość suchej masy organicznej osadu zmieszanego j.w. do odwodnienia na wirówce wykazuje różnice:

1 Wartość minimalna: ok. SMorg.- 73,0%; postępowanie z 2013 r. - 73,8%

5. wymagana wydajność hydrauliczna wirówki do odwodnienia osadu zmieszanego (nadawy)

a) Minimalna wydajność hydrauliczna wirówki 50 m³/h; postępowanie z 2013 r. 40 m³/h

Odwołujący i zamawiający odmiennie interpretują wymagania SIWZ. Zamawiający powołuje się na punkt 3.2 SIWZ z 2013 r., gdzie minimalna wydajność wirówki wyrażona ilością osadu do odwodnienia = 50m³/h.

Odwołujący natomiast wywodzi, że minimalna ilość osadu do odwodnienia miała wynosić 40m³/h wg punktu 3.1.5a SIWZ według wymaganej wydajności hydraulicznej wirówki do osadu zmieszanego (nadawy).

3 Punkt 3.1.1 c Z uwagi na trwającą modernizację oczyszczalni ścieków Lewy Brzeg w Koninie ww. strumień osadu nadmiernego może być niedostępny do odwodnienia;

4 Minimalna wydajność wirówki wyrażona ilością suchej masy do odwodnienia 1000 kg s.m./h; postępowanie z 2013 r. 800 kg s.m./h

Na stronie 3 od góry w punkcie 6 SIWZ z 2013 r. podany jest parametr wymagana wydajność masowa wirówki do odwodnienia masy osadu zmieszanego nadawy punkt a wartość minimalna GH min 800kg suchej masy/h.

W postępowaniu z 2014 r. według punktu wymagana wydajność masowa wirówki osadu zmieszanego nadawy – parametru nie oznaczono.

Punkt 3.2.9) SIWZ - postępowanie z 2013 r. pobór próbek osadów i odcieków oraz wykonanie badań opisanych wyżej realizowane będzie przez Dział Laboratorium PWiK Sp. z o.o. w Koninie na koszt dostawcy wirówki. Za pozytywne uznane będą wyniki badań uwzględniające niepewność pomiarową (podano niepewności).

Pismem z dnia 28 października 2014r. zamawiający powiadomił odwołującego, jak niżej.

Dotyczy: Umowy nr DPZ/3/2014 z dn.08.01.2014r.

W związku z niewywiązaniem się przez Was do chwili obecnej z obowiązku wynikającego z § 2 ust. 4 umowy przedłożenia prób eksploatacyjnych potwierdzających spełnienie przez urządzenie parametrów określonych w SIWZ oraz otrzymaną przez nas w dniu 24.10.2014r. ekspertyzą dr T. J. wykonaną za Waszą zgodą na podstawie § 9 ust. 2 umowy informujemy, że przeprowadzone w powyższym trybie próby eksploatacyjne nie potwierdziły, aby dostarczone przez Was urządzenie spełniało wymagania określone w SIWZ oraz umowie. Wprost przeciwnie, z powyższej ekspertyzy wynika, iż przeprowadzone próby eksploatacyjne potwierdzają, iż urządzenie nie osiągnie parametrów określonych w SIWZ przy maksymalnej wydajności, jakie urządzenie winno spełniać zgodnie z SIWZ.

W związku z powyższym zastosowanie znajduje zapis § 2 ust. 4 zd. 2 umowy, zgodnie z którym „W przypadku nieosiągnięcia wymaganych parametrów dostawca nie otrzyma wynagrodzenia oraz zabierze na własny koszt dostarczony sprzęt”.

Jest to równoznaczne z niewywiązaniem się przez Waszą Firmę z obowiązku wynikającego z umowy dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej o parametrach szczegółowo określonych w SIWZ w terminie określonym w umowie (§ 1 ust 1 oraz § 2 umowy).

Wobec powyższego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. w Koninie jako Zamawiający wzywa do demontażu oraz zabrania dostarczonego urządzenia, które nie spełnia parametrów określonych w SIWZ. Termin demontażu należy ustalić z Panem A. P., z tym że termin ten nie może być późniejszy niż 13.12.2014r.

Równocześnie - w związku z niewykonaniem umowy w terminie - Zamawiający odstępuje od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (na podstawie § 9 ust. 1 umowy).

Powyższe skutkuje obowiązkiem zapłaty przez Waszą Firmę kary umownej określonej w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy w kwocie 664 200,00 zł (słownie: sześćset sześćdziesiąt cztery tysiące dwieście zł.). Kwotę kary umownej należy wpłacić w nieprzekraczalnym terminie do dnia 28.11.2014r. na konto Zamawiającego numer (...).

Pismem z 23 grudnia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 24 ust.2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych do złożenia oświadczenia, jak niżej:

„Stosownie do zapisów art. 24 ust. 2a zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.); dalej jako „Pzp” w związku z pkt. VI. 25 Tomu I (IDW) do SIWZ Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie, ul. Poznańska 49, 62-510 Konin, dalej jako -Zamawiający” wzywa, firmę „Varia Tech R. K., ul. Kwiatowa 39, 05-092 Łomianki, Izabelin Dziekanówek dalej jako „Wykonawca” do złożenia oświadczenia w formie pisemnej, iż Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych, a wynikających z niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie, wynikającego z podpisanej w dniu 08.01.2014 r. umowy nr DPZ/3/2014.

Mając powyższe na względzie wzywamy do złożenia ww. oświadczenia w formie pisemnej w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.12.2014 r. do godz. 10.00. (...)

Zgodnie z art. 24 ust. 2a Zamawiający wyklucza się z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w

ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Odwołujący w piśmie z dnia 30.12 2014 r. podał: W odpowiedzi na pismo z dnia 23 grudnia 2014 r. (znak pisma: JRP/13330/94/360/2014) w przedmiocie wezwania do złożenia oświadczenia w trybie art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. póź. 907 ze zm. dalej „PZP”), niniejszym wskazuję, iż wbrew niczym nieuzasadnionym twierdzeniom Zamawiającego, Wykonawca - Varia Tech R. K. nie naruszył obowiązków zawodowych, wynikających z rzekomego niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie".

Jak Państwo doskonale wiecie, umowa z dnia 08 stycznia 2014 r. nr DZP/3/2014 została wykonana w sposób należyty, osiągnięcie zaś zakładanego przez Zamawiającego rezultatu jest możliwe przy założeniu, iż charakterystyka osadu zapewnianego przez Zamawiającego na etapie realizacji kontraktu (prowadzenia prób) będzie zgodna charakterystyką określoną w ramach dokumentacji przetargowej (w tym w opisie przedmiotu zamówienia). Jednakże w przedmiotowym przypadku wskazana tożsamość osadu nie nastąpiła.

Potwierdzeniem powyższego jest to, iż parametry (właściwości) osadu na etapie kontraktowym w stosunku do etapu przetargowego uległy istotnej zmianie. Zgodnie z zapisami SIWZ podawany osad na wirówkę miał być mieszaniną trzech osadów tj. dwóch nadmiernych oraz osadu wstępnego. W trakcie prowadzenia prób zostały przeprowadzone badania fizyko-chemiczne tych osadów, które wykazały, że osad zakładany jako wstępny (świeży) nie spełnia podstawowych warunków osadu świeżego, gdyż badania jednoznacznie wskazały, iż Wykonawca ma na etapie realizacji umowy do czynienia z osadem, który jest zgniły oraz jest w fazie hydrolizy i fermentacji kwaśnej o czym świadczyły: niskie pH, wysokie stężenie kwasów organicznych, ujemny potencjał Redox. Osad zgniły w fazie fermentacji kwaśnej różni się zdecydowanie swoimi właściwościami fizycznymi od osadu świeżego w podstawowych elementach charakterystycznych, co powoduje, iż osad bardzo trudno się odwadnia oraz, przy wskazanym przez Zamawiającego przedmiocie dostawy określonym sposobie realizacji prób (wskazanych w dokumentacji przetargowej) jest de facto niemożliwym jego sflokulowanie zgodnie z założeniami Zamawiającego. Podsumowując w przedstawionym zakresie Zamawiający nie zapewnił Wykonawcy zgodności stanu wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia ze stanem realizacyjnym, co uniemożliwiło osiągnięcie zakładanych parametrów w wyniku prób.

Należy jednoznacznie wskazać, iż ciężar wykazania, iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania spoczywa na Zamawiającym, zaś Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż taka sytuacja miała miejsce. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż w związku z wykonaniem zamówienia dotyczącego umowy z dnia 08 stycznia 2014 r. o nr DZP/3/2014 Wykonawca Varia Tech R. K. nie otrzymał do dnia dzisiejszego wynagrodzenia wskazanego w treści przedmiotowej umowy.

Nadmieniam, jednocześnie iż Wykonawca zamierza wystąpić przeciwko Zamawiającemu - Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Koninie na drogę postępowania sądowego celem wyegzekwowania należnego wynagrodzenia w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia określonego w umowie, a powództwo w tej sprawie jest aktualnie opracowywane. (...)

Jak zatem widać w kontekście powyższego oraz należytego wykonania przez Wykonawcę umowy, nie może być mowy o zaktualizowaniu się przesłanki skutkującej wykluczeniem wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 2a PZP.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż wykluczenie Wykonawcy z postępowania jest możliwe w przypadku, gdy wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia została wyrządzona szkoda, wskazuje na to treść przepisu art. 24 ust. 2a zdanie drugie PZP.

Konkludując powyższe wskazuję, iż brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych jak i prawnych do wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, w świetle art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, który *nota bene* jest nową regulacją prawną i winien być stosowany przez Zamawiającego z ogromną dozą ostrożności, a nadto indywidualnie w każdym stanie faktycznym sprawy.”

Pismem z dnia 13 stycznia 2015 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

„Na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej jako „Pzp” w związku z pkt. VI.25 Tomu I (IDW) do SIWZ Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie, ul. Poznańska 49, 62-510 Konin, dalej jako „Zamawiający” wyklucza firmę „Varia Tech R. K., ul. Kwiatowa 39, 05-092 Łomianki, Izabelin - Dziekanówek, dalej jako „Wykonawca” z postępowania o udzielenie zamówienia na „Dostawę i montaż wirówki zagęszczające - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno - biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków „Lewy Brzeg w Koninie” Nr ogłoszenia TED 2014/S 218-385229, JRP/4/360/2014. Stosownie do zapisów art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

UZASADNIENIE. Zgodnie z zapisem pkt. VI 25 Tomu I (IDW) do SIWZ Zamawiający wyklucza z postępowania Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązań się do ich naprawienia. Składający ofertę Wykonawca Varia Tech R. K., ul. Kwiatowa 39, 05-092 Łomianki, Izabelin - Dziekanówek posiadał zawartą z Zamawiającym umowę nr DPZ/3/2014 z dnia 08.01.2014 r. na dostawę i montaż. Wykonawca nie wykonał obowiązków wynikających z § 2 ust. 4 umowy przedłożenia prób eksploatacyjnych potwierdzających spełnienie przez urządzenie parametrów określonych w SIWZ. Zamawiający nie uzyskał wymaganego umową potwierdzenia spełnienia przez dostarczone urządzenie parametrów określonych w SIWZ również w wyniku wykonania zastępczego prób eksploatacyjnych opisanych w ekspertyzie z dnia 06.10.2014 r. sporządzonej przez dr T. J. . Spowodowało to odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego nie wywiązanie się przez Wykonawcę z poprzednio zawartej umowy wyczerpuje znamiona przepisu art. 24 ust. 2a Pzp. Wykonawca nie wykonał bowiem zamówienia wynikającego z umowy DPZ/3/2014 z 08.01.2014 r., co spowodowało odstąpienie od umowy. Wykonawca nie dostarczył Zamawiającemu w terminie wynikającym z umowy wyników prób eksploatacyjnych wykonanych zgodnie z SIWZ, które Wykonawca zobowiązany był dostarczyć, a które winny potwierdzić, iż zamontowane urządzenie jest zgodne z parametrami opisanymi w SIWZ. Postępowanie Wykonawcy trudno zakwalifikować inaczej niż jako rażące niedbalstwo, o którym mowa w ww. przepisie Pzp. Wykonawca nie podjął również dalszych czynności, które wykazałyby, że urządzenie jest zgodne z umową - pomimo wezwań ze strony Zamawiającego, zmuszając Zamawiającego do wykonania prób eksploatacyjnych w ramach wykonania zastępczego. Próby eksploatacyjne wykonane przez specjalistów w branży, przy udziale przedstawicieli Wykonawcy nie pozwoliły na potwierdzenie wynikających z umowy warunków w zakresie parametrów odcieków, jakie winny być uzyskiwane przez urządzenie zgodnie z SIWZ. Ekspertyza zaś nie potwierdziła podnoszonych na tym etapie przez Wykonawcę zarzutów, jakoby parametry osadów przeznaczonych do odwodnienia miałyby być niezgodne z wskazanymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Z posiadanych przez Zamawiającego dokumentów wynika zatem w sposób oczywisty, iż Wykonawca nie wykonał zamówienia w ramach umowy nr DPZ/3/2014 z dnia 08.01.2014 r., a brak wykonania wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, które winny zostać zakwalifikowane jako rażące niedbalstwo.

W zaistniałej sytuacji Wykonawca pismem z dnia 23.12.2014 r. został wezwany do złożenia oświadczenia w formie pisemnej w trybie art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp, iż podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych, a wynikających z niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie, wynikającego z podpisanej w dniu 08.01.2014 r. umowy nr DPZ/3/2014. Przedmiotowe oświadczenie Wykonawca miał złożyć w formie pisemnej w terminie do dnia 30.12.2014 r. do godz. 10⁰⁰, który na wniosek Wykonawcy - firmy Varia Tech R. K., (...) 05-092 Łomianki, Izabelin - Dziekanówek został przesunięty na dzień 07.01.2015 r. do godz. 12⁰⁰.

W dniu 02.01.2015 r. Wykonawca w swoim piśmie poinformował Zamawiającego, iż Wykonawca nie naruszył obowiązków zawodowych, wynikających z rzekomego niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie. Zdaniem Wykonawcy umowa z dnia 08.01.2014 r. nr DZP/3/2014 została wykonana w sposób należyty, osiągnięcie zaś zakładanego przez Zamawiającego rezultatu jest możliwe przy założeniu, iż charakterystyka osadu zapewnianego przez Zamawiającego na etapie realizacji kontraktu (prowadzenia prób) będzie zgodna z charakterystyką określoną w ramach dokumentacji przetargowej (w tym w opisie przedmiotu zamówienia).

Powyższe stanowisko Wykonawcy nie może zostać przyjęte przez Zamawiającego. Jak wyżej wskazano ekspertyza z dnia 06.10.2014 r. nie potwierdza zarzutów Wykonawcy w zakresie nieprawidłowego określenia parametrów osadów w SIWZ. Ponadto Wykonawca jako specjalista w branży zobowiązany był na etapie składania oferty wykonać niezbędne badania i ekspertyzy, które pozwoliłyby na prawidłowy dobór urządzenia -zgodnego z wymaganiami SIWZ. Na etapie wykonywania umowy Wykonawca zaś nie dołożył należytej staranności, aby w terminie dostarczyć Zamawiającemu wyniki prób eksploatacyjnych

wykonanych zgodnie z SIWZ i potwierdzających spełnienie przez dostarczone urządzenie parametrów wynikających z SIWZ.

Odnosnie szkody, Wykonawca nie bierze pod uwagę, iż Zamawiający na skutek niewywiązania się przez Wykonawcę z umowy nr DPZ/3/2014 z dnia 08.01.2014 r. został pozbawiony sfinansowania powyższego zadania ze środków unijnych w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu kanalizacyjnego Miasta Konina” (umowa o dofinansowanie nr POIS.01.01.00-00-307/12-00 z dnia 21.01.2013 r., zmieniona następnie aneksem nr 2 POIS.01.01.00-00-307/12-02 z dnia 07.10.2014 r.)

Zamawiający podejmuje czynności mające na celu próbę zniwelowania skutków niewywiązania się przez Wykonawcę z ww. umowy. Uwzględniając jednak terminy określone w umowie o dofinansowanie, w chwili obecnej uzyskanie dofinansowania na ww. projekt jest zagrożone i coraz bardziej problematyczne. Jeżeli do sfinansowania zadania w ramach ww. projektu nie dojdzie, będzie to ewidentna szkoda poniesiona przez Zamawiającego na skutek niewywiązania się przez Wykonawcę z zawartej umowy.

Wykonawca mimo wezwania ze strony Zamawiającego - nie złożył deklaracji, iż szkodę naprawi (zgodnie z zapisem art. 24 ust. 2a zd.2 Pzp). Wobec powyższego Wykonawca nie spełnił warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu -warunku wynikającego z SIWZ dotyczącego niepodlegania wykluczeniu z postępowania (pkt. VI.25 Tomu I -IDW do SIWZ).

W związku z tak przedstawionym stanem faktycznym sprawy Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, a jego oferta uznana zostaje za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp) (...).

Pismem z dnia 13 stycznia 2015 r. zamawiający powiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania. Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej jako „Pzp” Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Koninie, ul. Poznańska 49, 62-510 Konin, dalej jako „Zamawiający” zawiadamia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na „Dostawę i montaż wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie” Nr ogłoszenia TED 2014/S 218-385229, JRP/4/360/2014, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. UZASADNIENIE W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie tj. do dnia upływu terminu składania ofert -18.12.2014 r. wpłynęły dwie oferty: firmy „Varia Tech R. K.”, ul. Kwiatowa 39, 05-092 Łomianki, Izabelin- Dziekanówek oraz firmy „PEK - MONT” Sp. z o.o.,

ul. Spółdzielcza 30, 09-230 Bielsk. Wykonawca - firma „Varia Tech R. K.”, ul. Kwiatowa 39, 05-092 Łomianki, Izabelin -Dziekanówek w dniu 23.12.2014r. został wezwany do złożenia oświadczenia w formie pisemnej w trybie art. 24 ust. 2a Pzp, iż podejmie konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych, a wynikających z niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie, wynikającego z podpisanej w dniu 08.01.2014 r. umowy nr DPZ/3/2014. W dniu 02.01.2015 r. Wykonawca w swoim piśmie poinformował Zamawiającego, iż Wykonawca nie naruszył obowiązków zawodowych, wynikających z rzekomego niewykonania na rzecz Zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco-odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych pochodzących z mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie. Wykonawca w określonym terminie nie złożył zatem oświadczenia w formie pisemnej w trybie art. 24 ust. 2a Pzp, czym naruszył warunek wynikający z SIWZ dotyczący niepodlegania wykluczeniu z postępowania (pkt. VI 25 Tomu I - IDW do SIWZ. W związku z tak przedstawionym stanem faktycznym sprawy Wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2aPzp, co skutkuje odrzuceniem jego oferty (art. 24 ust. 4 Pzp).

Wykonawca - firma PEK-MONT Sp. z o.o. ul Spółdzielcza 30, 09-230 Bielsk w dniu 18.12.2014 r. został wezwany w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez wyjaśnienie zapisów dotyczących terminu wykonania zamówienia publicznego pkt. IV Tomu I (IDW) do SIWZ termin wykonania przedmiotowego zamówienia od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do dnia 15.05.2015r. Wykonawca w ofercie z dnia 18.12.2014 r. w załączniku nr 1 do oferty „Formularz oferty dla przetargu nieograniczonego” (str. 1 pkt. 4.5 oferty) wskazał, że oferowany przez niego termin wykonania niniejszego zamówienia wynosi 31.08.2015 r. W dniu 30.12.2014 r. Wykonawca w swoim piśmie poinformował Zamawiającego, iż zaoferowany termin wykonania zamówienia tj. 31.08.2015 r. wynika z czasu oczekiwania na wyprodukowanie i dostawę wirówki odwadniającej, który obecnie od chwili zamówienia do dostawy wynosi u producenta firmy Andritz siedem miesięcy. Wykonawca nie spełnił warunku wynikającego z SIWZ dotyczącego terminu wykonania zamówienia (pkt. IV Tomu I - IDW do SIWZ). W związku z tak przedstawionym stanem faktycznym sprawy oferta Wykonawcy

została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako nieodpowiadająca treści SIWZ.” (...).

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta została odrzucona skutkiem wykluczenia wykonawcy z przetargu, a zamawiający unieważnił postępowanie. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego wobec oceny jego oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Stosownie do przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszania obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Bezsprzecznie zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z powyższej przyczyny w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem omawiana przesłanka w tym zakresie została spełniona.

W ocenie Izby cytowany przepis art. 24 ust. 2a Pzp stanowi o kwalifikowanej postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania i wymaga nie tylko spełnienia przez zamawiającego obowiązków nałożonych przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale również wymaga przedstawienia wykonawcy dowodów, które tę czynność uzasadniały.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że ciężar dowodu, iż wykonawca podlega wykluczeniu zgodnie z art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w ogólności spoczywa na zamawiającym.

Należało się natomiast zastanowić jak należy rozumieć zwrot użyty przez ustawodawcę w art. 24 ust. 2a Pzp „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą

dowolnych środków dowodowych". Wskazówkę stanowi art. 45 ust. 2 [akapit pierwszy] lit. d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w następującym brzmieniu: „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Udowodnienie, inaczej mówiąc przedstawienie wykonawcy dowodów, iż zachodzą podstawy opisane w tej normie do wykluczenia wykonawcy z postępowania musi nastąpić nie później niż w dacie powiadomienia o wykluczeniu.

Niesłuszne, nieracjonalne i sprzeciwiające się treści cytowanego powyżej przepisu dyrektywy - byłoby założenie, że udowodnienie faktu, iż wykonawca podlega wykluczeniu z przyczyn oznaczonych w art. 24 ust. 2a Pzp ma następować dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zdaniem Izby, w okolicznościach rozpatrywanego przypadku, zamawiający winien był zgromadzić dostępne mu dowody (te same, które przedstawia w ewentualnym postępowaniu odwoławczym) już w momencie wezwania wykonawcy do określenia się, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszania obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i do przedłożenia dowodów to potwierdzających.

Pismem z 23 grudnia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych do złożenia oświadczenia w formie pisemnej, iż wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych, a wynikających z niewykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, pochodzących z mechaniczno - biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie, na podstawie podpisanej w dniu 8 stycznia 2014 r. umowy nr DPZ/3/2014.

Do wymienionego wezwania zamawiający nie załączył żadnych dowodów świadczących o tym, że wykonawca R. K. „Varia Tech” w wyniku zawinionego i zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał przedmiotowe zamówienie. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że wezwanie

wynika z „niewykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych.” Brak jest jakichkolwiek stwierdzeń i uzasadnienia - poza przytoczeniem treści przepisu, że taki stan rzeczy nastąpił wskutek celowego zawinionego działania odwołującego lub jego rażącego niedbalstwa, co potwierdzałyby dowody, których zamawiający nie załączył. W wymienionym przypadku ciężar dowodu po stronie zamawiającego jest dalej idący, niż tylko wykazanie, że przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań kontraktowych i realnie nie zapewnia takiego wyniku odwadniania osadu jak zakładany w dokumentacji przetargowej, co jest podstawą odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania określonego w umowie na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego - art. 471 K.c. Okoliczność taka, która obiektywnie zaistniała - nie stanowi tym samym automatycznego spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał od firmy „Varia Tech R. K.” podjęcia daleko idącego w skutkach zobowiązania, w tym zobowiązania do naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych wykonawcy w kwocie kar 664 200,00 zł (nie uwzględniając kosztów demontażu wirówki), których zamawiający żądał w powiadomieniu o odstąpieniu od umowy.

Wykonawca podejmujący tego rodzaju zobowiązanie o znacznym wymiarze finansowym i *de facto* świadczące o przyjęciu na siebie winy za niepowodzenie kontraktu musi znać dowody, które zamawiający jest w stanie przedłożyć w przypadku zawiśnięcia sporu, aby móc ocenić swoje szanse obrony. Musi też znać wszystkie przyczyny i pełną argumentację uzasadniającą podjęte przez zamawiającego decyzje.

Powyższe czynności powinny zostać przeprowadzone przez zamawiającego w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, a nie dopiero w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wezwanie kierowane do wykonawcy o wykazanie działań zapobiegających wykluczeniu z postępowania, nie może się sprowadzać do zabiegów czysto formalnych.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Izba w trakcie rozprawy nie jest władna uzupełniać pominiętych elementów czynności, czy przeprowadzać czynności za zamawiającego. Jeżeli stwierdzi, że zamawiający nieprawidłowo przeprowadził oznaczone czynności, lub pominął czynności, do których był zobowiązany, nakazuje ich powtórzenie, lub też uzupełnienie, a wykonawcy

przysługują nowe środki zaskarżenia, o ile będzie utrzymywał, że działania zamawiającego nadal nie wypełniają obowiązków nałożonych ustawą Pzp.

W pewnej mierze wyczerpujące uzasadnienie dla swoich działań zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, co nie jest prawidłowym wypełnieniem obowiązku nałożonego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Izba nie podziela poglądów zamawiającego, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nie nakłada na niego obowiązku udowodnienia wykonawcy ziszczenia się przesłanek wymienionych w tej normie, a jedynie wymaga tego, aby zamawiający miał „możliwość wykazania” naruszeń popełnionych przez wykonawcę. Ciężar dowodu obciąża zamawiającego, a w ramach tego obowiązku zamawiający był zobligowany przedstawić wykonawcy wszelkie dostępne środki dowodowe, które w ocenie zamawiającego potwierdzają podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wręcz kuriozalne byłoby założenie, że zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp mógłby jedynie oświadczać, że posiada na to odpowiednie dowody – pozostawiając je jednak do swojej dyskrejonalnej wiadomości. Zamawiający najwyraźniej zapomniał, że wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej, z których prawidłowe korzystanie jest uzależnione od wyczerpującego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego czynności. W tym przypadku wykluczenia odwołującego z postępowania, uznania oferty za odrzuconą, z jednoczesnym uwzględnieniem faktu, że podstawę wykluczenia stanowił przepis art. 24 ust. 2a Pzp, który nie ogranicza się jedynie do podania uzasadnienia, ale wymaga przedstawienia dowodów dla wykazania, że wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, którego następstwem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że brak zaprezentowania odwołującemu dowodów przez zamawiającego na okoliczność „niewykonania na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy i montażu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych” będących następstwem zawinonego zamierzonego działania odwołującego lub jego rażącego niedbalstwa - stanowi naruszenie prawa wykonawcy do informacji, statuowanego zasadą przejrzystości postępowania.

Takie stanowisko przyjął Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu C-406/08 Uniplex, wskazując, że zamawiający jest obowiązany każdorazowo do przekazania motywów swej decyzji (a w tym przypadku także przedstawienia dowodów) pod rygorem nie rozpoczęcia biegu na wniesienie środka odwoławczego.

Wobec braku przedstawienia dowodów w przedmiocie powyższych zagadnień, odwołujący nie był bowiem w stanie ocenić, czy winien podpisać zobowiązanie, którego

żądał zamawiający. W odwołaniu generalnie negował czynności zamawiającego wykluczenia go z postępowania i składał przeciwdowody do dowodów, których mu nie przedstawiono. Do dowodów oraz uzasadnień przedstawianych w odpowiedzi na odwołanie, czy na rozprawie odwołanie się nie odnosiło, ani nie mogło się odnosić, zatem dowody te nie podlegały rozpoznaniu.

Niezaprzeczalnym faktem jest, że zainstalowana przez odwołującego wirówka zagęszczająco-odwadniająca nie osiąga zakładanych parametrów przerobu osadów do odwadniania. Przyczyny tego stanu rzeczy mogą być różne i wynikać np. z nieprawidłowego określenia właściwości nadawy podawanej do urządzenia wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych, czy błędnego opisu w SIWZ zapotrzebowanego urządzenia i jego mocy oraz przepustowości.

W trakcie rozprawy strony nie były nawet zgodne co do interpretacji postanowień SIWZ odnośnie tak kluczowego parametru – jak wymagana minimalna wydajność wirówki mierzona ilością osadu do odwodnienia (m³/h).

W postępowaniu z 2014 r. zamawiający częściowo zmodyfikował wymagania w odniesieniu do urządzenia wirówki i przeprowadzania testów eksploatacyjnych. Zmienił parametr wartości minimalnej suchej masy w nadawie z 73,8% do 73%, zmienił wymagania technologiczne z 25% na 24% SM dla parametru odwodnienia.

Zamawiający miał prawo w przetargu z 2014 r. postawić wymagania takie, które odpowiadały jego bieżącym potrzebom, nawet gdy dotyczyły one tego samego przedmiotu zamówienia, jakie obejmował przetarg z 2013 r.

Zamawiający jednak niedostatecznie wyjaśnił przyczyny niewystarczających wyników odwadniania osadu przy zastosowaniu wirówki zainstalowanej przez odwołującego, gdyż sprowadzały się one do twierdzeń, że urządzenie ma za małą moc, przy czym zamawiający nawet nie odnosił się do dokumentacji technicznej wirówki C5E firmy Flottweg. Z kolei odwołujący swoją obronę opierał również na twierdzeniach, że cechy charakterystyczne osadu do odwodnienia podane w warunkach SIWZ nie przystawały do realnie istniejących w trakcie prób eksploatacyjnych, a jako wykonawca nie był zobowiązany przeprowadzać prób osadu przed złożeniem oferty.

Przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jest nową regulacją, której stosowanie może nastęrczać zamawiającym trudności, zatem zamawiający winien mieć możliwość skorygowania swoich błędnych działań.

Stanowisko Izby polegało na rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego i sprowadzało się do ustaleń, że zamawiający naruszył obowiązek wynikający z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przez zaniechanie przedstawienia wykonawcy Varia Tech R. K. w toku procedury

przetargowej - dowodów i wyczerpującego uzasadnienia dotyczących oceny zawinionego działania wykonawcy wskutek czego cel postępowania przetargowego dostawy urządzenia zdolnego obsłużyć całą ilość wytwarzanych w danej oczyszczalni osadów ściekowych z zakładaną przepustowością nie został osiągnięty.

Odwołujący zgłaszał przeciwdowody do dowodów, których mu nie przedstawiono, w postaci ekspertyzy dr inż. Ł. F.-P.; wyników analizy laboratorium w Niemczech zleconych przez producenta wirówki firmę Flottweg. Do czasu, gdy zamawiający nie przedłoży odwołującemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dowodów, z których wywodzi zawiniony charakter działań odwołującego i jego rażące niedbalstwo - brak podstaw do oceny powyższych dowodów, gdyż ciężar wykazania faktów, z którymi zamawiający wiąże skutki prawne - w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą winien wykazać zamawiający.

Ponowione czynności zamawiającego w toku oceny oferty odwołującego stworzą wykonawcy możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej - w zakresie adekwatnym do podanego przez zamawiającego uzasadnienia oraz przedstawionych środków dowodowych, co nie wyłącza przeprowadzenia dalszych dowodów z opinii biegłego sądowego przy rozpoznawaniu ewentualnych następnych środków odwoławczych.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność stawianych zamawiającemu zarzutów:

- 1) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania bez zaistnienia przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy oferta odwołującego została przedwcześnie odrzucona,
- 2) naruszenia art. 24 ust. 2a i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, mimo nie przedłożenia odwołującemu pełnego uzasadnienia oraz dowodów w postępowaniu potwierdzających zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo przy realizacji zamówienia, którego następstwem jest zawinione niewykonanie na rzecz zamawiającego zamówienia dotyczącego dostawy, montażu, uruchomienia i rozruchu wirówki zagęszczająco - odwadniającej dla instalacji przeróbki osadowej do odwadniania osadów mieszanych pochodzących z mechaniczno - biologicznych oczyszczalni ścieków, w ramach modernizacji Oczyszczalni Ścieków Lewy Brzeg w Koninie” na podstawie umowy z dnia 8 stycznia 2014r. nr DPZ/3/2014.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1,2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego wnioskowanych kosztów przelotu pełnomocnika odwołującego na trasie Szczecin- Warszawa –Szczecin, gdyż przepis § 3 pkt 2 rozporządzenia mówi o uzasadnionych kosztach strony. Odwołujący mógł obrać kompetentnego pełnomocnika prowadzącego kancelarię na terenie Warszawy, jeżeli obrał pełnomocnika ze Szczecina, co było jego swobodnym prawem, nie może żądać, aby koszty tego wyboru obciążły zamawiającego.

Przewodniczący:

.....