

Sygn. akt: KIO 890/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **DIAMENT Poszukiwania Naftowe Sp. z o.o., ul. Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra** w dniu 14 maja 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **„EKO DOLINA” Sp. z o.o., Al. Parku Krajobrazowego 99, Łużyce, 84-207 Koleczkowo.**

przy udziale **Konsorcjum Wykonawców: 1) Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (lider); 2) WAKOZ Sp. z o.o. z siedzibą w Luzino (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Czarny Dwór 8A, 80-365 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża DIAMENT Poszukiwania Naftowe Sp. z o.o., ul. Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez DIAMENT Poszukiwania Naftowe Sp. z o.o., ul. Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 890/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Budowa kwatery składowej B2 odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z niezbędnymi elementami zagospodarowania terenu oraz budowa wałów ochronnych z nasadzeniem zieleni i jej pielęgnacją”*, nr postępowania: PWP-K/01/2010, zostało wszczęte przez *„EKO DOLINA” Sp. z o.o.*, Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 46-067739 w dniu 06.03.2010 r.

W dniu 05.05.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z art. 92 ust.1 pkt 1 - 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wykonawców: 1) Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., ul. Czarny Dwór 8A, 80-365 Gdańsk (lider); 2) WAKOZ Sp. z o.o., ul. G. Sikorskiego 3, 84-242 Luzino (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Czarny Dwór 8A, 80-365 Gdańsk zwane dalej: *„Konsorcjum J.A.T.”* albo *„Przystępującym”*. Poinformował także, że drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajął Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica zwany dalej: *„FOLEKO Sp. z o.o.”*, jak również o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także odrzuceniu oferty firmy: Poszukiwania Naftowe „Diament” Sp. z o.o. w Zielonej Górze, ul. Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra zwanej dalej: *„Diament Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*. W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał, że Wykonawca został wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp oferta Wykonawcy wykluczonego zostaje uznana za odrzuconą oraz zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy zgodnie z postanowieniami Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”* m.in. spełnienia warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykazania się realizacją co najmniej 2 robót polegających na doszczelnieniu gruntów bentonitem o powierzchni nie mniejszej niż 2 ha w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, uzasadniając to tym, że w celu udokumentowania wprawy, czyli wielokrotnego wykonania danej czynności Zamawiający wymaga od Wykonawcy doświadczenia w wykonaniu co najmniej 2 takich robót. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, do wykonania zamówienia, w części dotyczącej uszczelnienia dna misy: wykonanie przesłony bentonitowo-gruntowej,

Wykonawca w swojej ofercie przedstawił doświadczenie firmy CETCO Europę Limited. Pomimo tego, w załączniku nr 2 do oferty: „Wykaz części zamówienia wykonywanych przez podwykonawców” Wykonawca nie wskazał żadnego podwykonawcy. Taka treść oferty czyniła ją wewnętrznie sprzeczną. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, poprosił o wyjaśnienie m.in. tej sprzeczności. Z odpowiedzi Wykonawcy oraz dokumentu z dnia 13.04.2010 r., tj. „Zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” podpisanego przez firmę CETCO Europę Ltd. wynikało, że całość zamówienia wykona własnymi siłami, zaś firma CETCO Europę Ltd. zobowiązała się względem Wykonawcy jedynie do udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia w zakresie uszczelnienia dna misy: wykonanie przesłony bentonitowo-gruntowej na okres wykonania zamówienia. Udostępnienie to ma nastąpić na podstawie umowy *know-how* i doradztwa w wyżej wymienionym zakresie tj. uszczelnienia dna misy.

W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że zgodnie z opinią prawną UZP zamieszczoną na jego stronach internetowych (www.uzp.gov.pl) w przedmiocie warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b Pzp), odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Cecha ta oznacza, że zasoby, na które powołał się Wykonawca w swej ofercie mają być faktycznie wykorzystane w trakcie wykonania zamówienia. Takie stanowisko wynika jednoznacznie z treści art. 26 ust. 2b Pzp. W uregulowaniu tym stwierdza się, że nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. W ofercie Diament Sp. z o.o. Wykonawca stwierdził jednoznacznie i wprost, że w zakresie prac - uszczelnienie dna misy, nie skorzysta z działania podwykonawcy, ale będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Jak wynika z art. 26 ust. 2b Pzp oraz co potwierdza UZP w swojej opinii powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (m.in. jako podwykonawca). Doświadczenie nie jest ani dobrem materialnym, ani dobrem niematerialnym, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu, stanowi ono składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, a zatem dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 kc). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym doświadczenie to jest związane. Z tego względu przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego warunkiem koniecznym jest udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. „*A contrario*” nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego w celu wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonywaniu zamówienia. Właśnie taka sytuacja ma miejsce w przypadku Diament Sp. z o.o., w której powołano się na doświadczenie i wiedzę firmy CETCO Europę Ltd., która to firma jak wynika z załącznika nr 2 oraz jej zobowiązania z dnia 13.04.2010 r. nie będzie wykonywała prac w zakresie uszczelnienia dna misy. Tym samym oferta ta nie spełnia wymagań stawianych w art. 26 ust. 2b Pzp. Ocena Zamawiającego, jak stwierdził znajduje potwierdzenie w orzecznictwie ETS. Zamawiający poinformował także, że skonsultował niniejszą sprawę z Departamentem Prawnym UZP.

W dniu 14.05.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1Pzp, Diament Sp. z o.o. wniosła odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej oraz na jej bezprawne wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty, jak i bezprawne zaniechanie wykluczenia pozostałych Wykonawców i odrzucenia ich ofert. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.05.2010 r. (faxem). Odwołujący wskazał, że czynności i zaniechania Zamawiającego to:

1. bezprawne wykluczenie Diament Sp. z o.o. oraz bezprawne odrzuceniu jego oferty, poprzez przyjęcie, iż jego oferta nie spełnia wymagań stawianych w art. 26 ust. 2b Pzp, w związku z powołaniem się w ofercie na doświadczenie i wiedzę firmy Cetco Europę Ltd., która to firma, nie będzie wykonywała prac w zakresie uszczelnienia dna misy jako podwykonawca, pomimo, iż Odwołujący udowodnił, iż będzie dysponował zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wykazując rzeczywisty związek firmy Cetco Europę Ltd z realizacją zamówienia, poprzez zobowiązanie tego podmiotu do zawarcia z wykonawcą umowy o udostępnienie *know-how* i doradztwo z zakresu uszczelnienia dna misy, która to umowa nie powoduje zerwania więzi pomiędzy zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego ten zasób, a przedsiębiorstwem tego podmiotu, w skład którego wchodzi udostępniany zasób, z uwagi na fakt, iż wiedza i doświadczenie miały być udostępniane w formie usług doradczych, co nie skutkuje zbyciem lub przekazaniem w innej formie wiedzy i doświadczenia na rzecz innego podmiotu, w tym wykonawcy i nie stanowi w żadnym razie obrotu zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego w postaci przedsiębiorstwa podmiotu udostępniającego ten zasób; czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
2. bezprawne zaniechanie wykluczenia Konsorcjum J.A.T., z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VIII.2. c SIWZ, poprzez przedłożenie referencji innego podmiotu: Pawła Kalemba FRANSŁAW PLUS Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe w Grodzisku Wlkp. Zwanego dalej:

„FRANSŁAW PLUS”, nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VIII.2.c SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum J.A.T., której treść nie odpowiadała treści SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

3. bezprawne zaniechanie wykluczenia FOLEKO Sp. z o.o., z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt VIII.2.c SIWZ, poprzez przedłożenie referencji z dnia 16.03.2010 r. wystawionych przez Gminę Piła, nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VIII.2.c SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty FOLEKO Sp. z o.o., której treść nie odpowiadała treści SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

4. bezprawne wybranie oferty Konsorcjum J.A.T., pomimo iż oferta podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a wykonawca podlegał wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Ponadto wskazał, że w przypadku nie uwzględnienia zarzutu z pkt 1, przy uwzględnieniu co najmniej zarzutu z pkt 2 i 3, Odwołujący zarzuca dodatkowo zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp oraz ewentualnie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp i żądał:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Diament Sp. z o.o. oraz czynności odrzucenia jego oferty,
- b) nakazania przywrócenia oferty Diament Sp. z o.o. do postępowania,
- c) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum J.A.T.,
- d) powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- e) wykluczenia Konsorcjum J.A.T. i odrzucenia jego oferty,
- f) wykluczenia FOLEKO Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty,
- g) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

ewentualnie nakazania unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 powyżej, przy uwzględnieniu co najmniej zarzutu z pkt 2 i 3 powyżej.

Ponadto Odwołujący wnosił o

- 1.1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania,
- 1.2. zarządzenie dostarczenia na rozprawę przez Gminę Piła (Gmina Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła) oryginału Dziennika budowy i Badań geologicznych w dokumentacji powykonawczej, dotyczących realizacji robót pn. „*Modernizacja składowiska odpadów komunalnych Gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo - rozbudowa i przebudowa dostosowywawcza*” wykonanych przez FOLEKO Sp. z o.o.

Bezpodstawny jest zarzut Zamawiającego jakoby oferta Odwołującego nie spełniała wymagań stawianych w art. 26 ust. 2b Pzp, w związku z powołaniem się w ofercie na doświadczenie i wiedzę firmy Cetco Europe Ltd., która to firma, nie będzie wykonywała prac w zakresie uszczelnienia dna misy jako podwykonawca.

Narzucenie wykonawcy obowiązku powierzenia realizacji części zamówienia podmiotowi udostępniającemu wiedzę i doświadczenie jako podwykonawcy jest naruszeniem art. 26 ust. 2b Pzp oraz nie wynika z orzecznictwa ETS, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. W opinii prawnej w sprawie „Warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b - Prawo zamówień publicznych)”, opublikowanej na stronie internetowej UZP, zostało wskazane m.in., że: „(...) podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca)”, a nie jak to cytuje Zamawiający „(m.in. jako podwykonawca)”. Z zacytowanego w opinii prawnej w sprawie orzeczenia ETS wynika, że jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia, a zatem konieczne jest wykazanie faktycznej możliwości korzystania z zasobów osób trzecich.

Z powyższego orzeczenia ETS nie wynika obowiązek brania udziału w wykonaniu zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie jako podwykonawcy. Stanowisko takie jest rażąco nadinterpretacją art. 26 ust. 2b Pzp. Celem ustawodawcy było „zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ma służyć przepis art. 26 ust. 2b nowelizacji, stanowiący wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów (...)” (Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (...)) - Druk nr 2154, opublikowany na stronie www.sejm.gov.pl).

Zauważyć również należy, iż opinie prawne nie stanowią źródeł powszechnie obowiązującego prawa, których zamknięty katalog określa art. 87 Konstytucji RP, nie mają zatem waloru aktów prawno kształtujących, ani też nie stanowią wiążących interpretacji

przepisów prawa, tym bardziej, gdy nadinterpretują przepisy poprzez wnioskowanie wykraczające poza ich literalne brzmienie i nie mogą stanowić podstawy działania Zamawiającego, który zobowiązany jest udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp).

Zarówno językowa, jak i celowościowa wykładania art. 26 ust. 2b Pzp, nie uprawnia do wywiedzenia wniosku, aby udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia związane było z obowiązkiem uczestniczenia podmiotu udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji części zamówienia jako podwykonawcy. Wniosku takiego nie można wywieść również z orzeczeń ETS powołanych w opinii prawnej UZP, w których jest mowa o konieczności wykazania faktycznej możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich, bez narzucenia charakteru prawnego wiążącego strony stosunku prawnego w formie podwykonawstwa.

Odwołujący udowodnił, iż będzie dysponował zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wykazując rzeczywisty związek firmy Cetco Europe Ltd z realizacją zamówienia, poprzez zobowiązanie tego podmiotu do zawarcia z wykonawcą umowy o udostępnienie *know-how* i doradztwo z zakresu uszczelnienia dna misy, która to umowa nie powoduje zerwania więzi pomiędzy zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego ten zasób, a przedsiębiorstwem tego podmiotu, w skład którego wchodzi udostępniany zasób, z uwagi na fakt, iż wiedza i doświadczenie miały być udostępniane w formie usług doradczych, co nie skutkuje zbyciem podmiotu, w tym wykonawcy i nie stanowi w żadnym razie obrotu zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego w postaci przedsiębiorstwa podmiotu udostępniającego ten zasób. Tym samym potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VIII.2.c SIWZ.

Odwołujący zarzuca, iż załączone do oferty Konsorcjum J.A.T. referencje innego podmiotu: FRANSŁAW PLUS, nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VIII.2.c SIWZ. Referencje wystawione przez Świętokrzyski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Kielcach dotyczą wykonywania przesłony hydroizolacyjnej z zawiesiny twardniejącej SOLIDUR 274RV, a referencje wystawione przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Łodzi dotyczą wykonania przesłony z mieszaniny samotwardniejącej SOLIDUR MIP05.

Zgodnie z Kartą Techniczną SOLIDUR® 274RV i Kartą Techniczną® SOLIDUR MIP, wykonanie tego typu przesłony wymaga innej technologii, aniżeli założona technologia mieszania gruntu z bentonitem, określona przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Kwatera Składowa B2 pkt 4, ppkt 4.1 (wymagania dotyczące sztucznej bariery geologicznej), ppkt 4.1.1. oraz 4.1.2. oraz

w Projekcie Wykonawczym, pkt 3 (Rozwiązania techniczno-technologiczne kwatery B2 składowej), ppkt 3.2, ppkt 3.2.1, ppkt 3.2.1.3.

Zgodnie z Kartą Techniczną SOLIDUR® 274RV (str. 3 „Sposób użycia”) - Dyckerhoff SOLIDUR® 274RV mieszany jest na wysokich obrotach z wodą (a nie z gruntem) na placu budowy, a następnie jako zawiesina pompowany jest do miejsca zastosowania. Ta technologia nie ma nic wspólnego z mieszaniem materiału sypkiego (np. bentonitu) z gruntem. Zgodnie z Kartą Techniczną SOLIDUR MIP (str. 3 „Sposób użycia”) oraz Kartą Techniczną (Zastosowanie) SOLIDUR MIP, materiał SOLIDUR MIP05 jest mieszaniną do ścianek szczelnych wykonanych metodą wglębnego mieszania DMM.

Materiał SOLIDUR® MIP05 po dostarczeniu na budowę zostaje zmieszany w mieszarkach z wodą, a nie z gruntem, a następnie przepompowany do miejsca zastosowania. Zawiesina produktu SOLIDUR® MIP05 zostaje wymieszana z występującym gruntem przy pomocy odpowiednich narzędzi. Również nie jest to technologia określona przez Zamawiającego.

Zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego, do wykonania uszczelnienia gruntu ma być zastosowany bentonit sodowy [patrz: Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Kwatera Składowa B2 pkt 4, ppkt 4.1 (wymagania dotyczące sztucznej bariery geologicznej), ppkt 4.1.1. oraz Projekt Wykonawczy, pkt 3 (Rozwiązania techniczno-technologiczne kwatery B2 składowej), ppkt 3.2, ppkt 3.2.1, ppkt 3.2.1.2.]. Jak pisze producent w dokumencie o nazwie SOLIDUR® 274RV - Sposób sporządzania mieszanin, w pkt 1 pt. „Ogólne”, SOLIDUR® 274RV jako głównym składnik posiada aktywowany bentonit wapniowy, a nie bentonit sodowy, wymagany przez Zamawiającego dla realizacji przesłony izolacyjnej.

Jednocześnie z Aprobaty Technicznej IMUZ AT/18-2007-0016-01 Rozdz. 3 pkt 3.1 Tabela 1 (Skład mieszanki) nie wynika, aby SOLIDUR MIP05. zawierał bentonit w jakiegokolwiek postaci, a tym bardziej, aby bentonit był składnikiem podstawowym tego produktu, co wynika z oświadczenia innego podmiotu: FRANSŁAW PLUS, przesłanego Zamawiającemu przez Konsorcjum J.A.T., przy piśmie z dnia 29.04.2010 r.

W tym stanie rzeczy Konsorcjum J.A.T. Sp. z o.o., nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VIII.2.c SIWZ i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a jego oferta powinna zostać odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub/i 5 Pzp.

Odwołujący zarzuca, iż załączone do oferty FOLEKO Sp. z o.o. w Świdnicy referencje z dnia 16.03.2010 r. wystawione przez Gminę Piła nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VIII.2.c SIWZ.

Z treści referencji wynika, iż zakres wykonanych prac obejmował budowę dwóch kwater o powierzchniach 4,2 ha oraz 4,05 ha, w tym uszczelnienie kwatery składowiska

gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) - 21.850 m² oraz uszczelnienie kwater matą bentonitową 5000g/m² - 50.944 m², co jest sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ oraz ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w których nie przewidziano wykonania uszczelnienia kwater składowiska gruntem nieprzepuszczalnym z zastosowaniem dodatkowo bentonitu oraz jest sprzeczne z wystawioną przez Gminę Piła we wcześniejszym okresie referencja z dnia 20.04.2009 r. na wykonanie przez FOLEKO Sp. z o.o. tego samego zadania, przedłożoną przez FOLEKO Sp. z o.o. w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, która to referencja nie potwierdza, jakoby uszczelnienie kwatery składowiska wykonane było gruntem nieprzepuszczalnym doszczelnianym proszkiem bentonitowym.

Uszczelnienia kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym doszczelnianym proszkiem bentonitowym nie potwierdzają również wpisy do Dziennika Budowy, ani też Badania geologiczne zawarte w dokumentacji powykonawczej, sporządzone dla robót pn. „*Modernizacja składowiska odpadów komunalnych Gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo -rozbudowa i przebudowa dostosowywawcza*”, będące w posiadaniu Gminy Piła. Z wpisami do Dziennika budowy oraz dokumentacją powykonawczą Odwołujący zapoznał się w siedzibie Gminy Piła (Pl. Staszica 10, 64-920 Piła) w dniu 13.05.2010 r., jednakże Odwołujący nie jest uprawniony do skierowania żądania do przedłożenia oryginałów tych dokumentów przez Gminę Piła na rozprawie, w związku z czym Odwołujący wnosi o zarządzenie przez KIO dostarczenia przez Gminę Piła na rozprawę w/w dokumentów. Podkreślił również, iż przedmiotem przetargu była budowa kwatery nr 2 oraz rekultywacja kwatery nr 1, a nie jak to wynika z referencji budowa dwóch kwater.

Zamawiający w dniu 14.05.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 17.05.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Wykonawców: 1) Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., ul. Czarny Dwór 8A, 80-365 Gdańsk (lider); 2) WAKOZ Sp. z o.o., ul. G. Sikorskiego 3, 84-242 Luzino (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Czarny Dwór 8A, 80-365 Gdańsk zwane dalej: „*Konsorcjum J.A.T.*” albo „*Przystępującym*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.05.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. W ramach uzasadnienia wskazał, że Zamawiający wykluczył z postępowania i odrzucił ofertę Odwołującego się z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowania (art. 22 w zw. z art.

26 ust. 2b Pzp). Zamawiający bardzo szczegółowo przedstawił uzasadnienie swojej decyzji w piśmie z dnia 05.05.2010 r., a jedynie w celu wzmocnienia przedstawionej argumentacji przywołał opinię prawną UZP - w przedmiocie warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że na wykonawcy, który ubiega się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki opisane w art. 22 ust. 1 oraz, że nie podlega on wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 Pzp, to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia - w niniejszym postępowaniu - dotyczącego warunku wykonania co najmniej 2 robót polegających na doszczelnieniu gruntów bentonitem o powierzchni nie mniejszej niż 2 ha.

Odwołujący w swojej ofercie, a także później w wyjaśnieniach, nie udowodnił Zamawiającemu, iż spełnia on warunek opisany w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ofercie Diament Sp. z o.o. Wykonawca stwierdził jednoznacznie i wprost, że w zakresie prac - uszczelnienie dna misy, nie skorzysta z działania podwykonawcy, ale będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, na podstawie umowy, którą zamierza zawrzeć na czas realizacji zamówienia z firmą CETCO Europę Ltd. o udostępnienie know-how i doradztwo z zakresu uszczelniania dna misy. Odwołujący wskazał, że firma CETCO posiadająca niezbędną wiedzę i doświadczenie nie będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia. W ocenie Zamawiającego przyszłe, zamierzone zawarcie umowy o udostępnienie *know-how* i doradztwo nie stanowi dowodu, że Wykonawca będzie faktycznie dysponował niezbędnym zakresem wiedzy i doświadczenia dla poprawnej realizacji zamówienia. Nie sposób nie zauważyć, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób nim zadysponować przenosząc go na inny podmiot. Odwołujący podnosi że wiedza i doświadczenie będą udostępnione w formie usług doradczych, lecz Odwołujący nie wskazuje na czym te usługi doradcze będą polegać i czy osoby świadczące doradztwo mają wystarczającą wiedzę i doświadczenie dla poprawnej realizacji zamówienia. Poza tym, ze względu na charakter robót, a zwłaszcza wymagań ochrony środowiska, sprawą zasadniczą dla Zamawiającego jest uczestnictwo doświadczonego podmiotu w wykonywaniu konkretnej roboty. W sytuacji odwoływania się do doświadczenia podmiotu trzeciego warunek ten byłby spełniony jeśli taki właśnie - a nie inny - doświadczony podmiot, będzie realizował zamówienie w jego zakresie przedmiotowym wymagającym określonego doświadczenia. Tylko bowiem w takiej sytuacji nie dochodzi do ominięcia wymagań określonych przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, stanowiącym o konieczności posiadania wiedzy i doświadczenia. Inaczej bowiem dochodzi do sytuacji, w której podmiot, który nigdy nie wykonywał czynności określonego rodzaju faktycznie będzie uczył się ich realizacji w trakcie wykonywania tego zamówienia, czyli będzie dopiero zdobywał doświadczenie, jedynie korzystając z rad podmiotu doświadczonego i to w takim zakresie w jakim uzna lub

nie uzna to za stosowne.

W ocenie Zamawiającego nie można stawiać znaku równości między posiadaniem, w dacie składania oferty, wiedzy i doświadczenia, tj. umiejętności wykonania zamówienia polegającego na wykonaniu np. robót budowlanych, a nabyciem wiedzy o tym jak należy to robić lub jak robią to inne podmioty. Doprowadziłoby to do sytuacji, w której podmiot, który kupił wiedzę techniczną faktycznie uczy się jej stosowania w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający nie miałby wątpliwości przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia gdyby odwołujący się Wykonawca w celu wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego powołał się na udział CETCO w faktycznym wykonywaniu części udzielanego zamówienia.

Zamawiający w toku badania ofert nie znalazł podstaw do wykluczenia i odrzucenia oferty Konsorcjum J.A.T. z uwagi na nie spełnienie warunku z pkt VIII 2.c SIWZ. W tym zakresie wskazując jako decydujące wyjaśnienie udzielone w piśmie z dnia 26.03.2010 r. Odwołujący podnosił także, iż oferta Konsorcjum J.A.T. odnosi się do wykonywania przesłon wykorzystujących mieszanki SOLIDUR w innej technologii aniżeli założona technologia mieszania gruntu z bentonitem w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Projekcie Wykonawczym - dokumentach stanowiących załączniki do SIWZ. Zamawiający wskazał, że nie stawiał warunku by roboty referencyjne były tego samego rodzaju i tej samej technologii co zamówienie objęte przetargiem. Warunkiem stawianym przez Zamawiającego było jedynie przedstawienie referencji w zakresie uszczelnienia bentonitem określonych powierzchni bez określenia wymagań odnośnie zastosowanych tam technologii. Odwołujący podnosi też, że przedstawione w ofercie Konsorcjum J.A.T. referencje nie dotyczą uszczelnienia gruntu bentonitem sodowym, lecz uszczelniania mieszanką SOLIDUR MIP05 która w ocenie Odwołującego się nie zawiera bentonitu w jakiegokolwiek postaci. Wykonawca wyjaśnił i przedłożył - Oświadczenie FRANSŁA PLUS (firma dająca doświadczenie), z którego wynika że SOLIDUR 274 RV i SOLIDUR MIP05 są nazwami handlowymi produktów, których podstawowym składnikiem jest bentonit. Nadto, wskazano, że roboty referencyjne dotyczą wykonania doszczelnienia gruntów bentonitem. Zamawiający przyjął to oświadczenie jako prawdziwe z uwagi na odpowiedzialność karną wynikającą z art. 233 kk. i uznał spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum J.A.T. Zamawiający, niezależnie od oświadczenia zbadał, czy bentonit wchodzi w skład SOLIDURU MIP05 analizując „Kartę Charakterystyki Bezpieczeństwa” firmy Dyckerhoff Polska. Jest to dokument opisujący ogólnie preparaty o nazwie SOLIDUR. Na str. 2 pkt 3.1 tego dokumentu wynika, iż w skład każdego preparatu o nazwie SOLIDUR wchodzi bentonit. Zamawiający nie stawiał warunku by roboty referencyjne były realizowane w oparciu o bentonit sodowy. Zgodnie z posiadanymi dokumentami SOLIDUR 274 RV oraz SOLIDUR MIP05 zawierają bentonit.

Zamawiający w toku badania ofert nie znalazł podstaw do wykluczenia i odrzucenia oferty FOLEKO Sp. z o.o. Zamawiający w postępowaniu przetargowym jest uprawniony jedynie do przeprowadzenia oceny spełnienia warunków postawionych w SIWZ. Przeprowadzając tę ocenę korzysta z dokumentów, których zamknięty katalog stanowi rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 Nr 226, poz. 1817). Jednym z tych dokumentów, jakich zażądał Zamawiający w niniejszym postępowaniu, było przedłożenie przez Wykonawcę wykazu robót budowlanych polegających na doszczelnieniu gruntów bentonitem o powierzchni nie mniejszej niż 2 ha, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Zamawiający zażądał także załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i że zostały prawidłowo ukończone; FOLEKO Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia tego warunku dla jednej z robót wskazanych przez siebie przedstawił Opinię Referencyjną podpisaną przez Prezydenta Miasta Piły. Referencja ta nie wzbudziła żadnych wątpliwości co do jej prawdziwości. Mając na uwadze, sankcje wynikające z art. 233 kk, Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania referencji wydanych przez inny podmiot, zwłaszcza podmiot publiczny. Zamawiający przyjął tę referencję jako prawdziwą i dlatego też uznał, że FOLEKO Sp. z o.o. spełnił warunek udziału w postępowaniu.

W dniu 28.05.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przystępujący przedłożył przed rozprawą stanowisko do postępowania odwoławczego. Odnośnie zarzutu względem bezprawnego wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Wskazał, że nie jest możliwe przekazanie podmiotowi trzeciemu posiadanej wiedzy i doświadczenia, które będzie mógł wykorzystać Odwołujący przy realizacji zamówienia posiadanego, bez zagwarantowania udziału w realizacji zamówienia. Możliwe jest to tylko poprzez uczestnictwo w charakterze wykonawcy w ramach konsorcjum albo poprzez zlecenie wykonania tej części zamówienia jako podwykonawcy. Odmienne jak w ofercie Odwołującego. Ponadto, wskazuje że podmiot trzeci którego doświadczenie wykazuje Odwołujący jedynie zobowiązał się do jej udostępnienia. Poza tym, wykazywane dwa zadania także nie spełniają wymagań Zamawiającego albowiem w pierwszym wypadku zadanie było realizowane przez Clark Civil Engineering, nie zaś CETCO Europę Ltd., zaś w drugim wypadku CETCO Contracting jedynie wchodzi w skład grupy CETCO i wraz z CETCO POLAND Sp. z o.o. stanowią odrębne podmioty prawa. Stwierdził także, że nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż oświadczenie CETCO Europę Ltd. W zakresie zobowiązania do zawarcia umowy o udostępnienie know-how jest oświadczeniem jednoznacznym, wobec czego każda jego zmiana prowadziłaby do zmiany zakresu

zobowiązania podmiotu udostępniającego dokonanych po upływie terminu składania ofert. Podnosi także na legalna wykładnie dokonaną przez Prezesa UZP przepisu art. 26 ust. 2 b Pzp. Odnośnie zarzutu względem Przystępującego stwierdził, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów wobec jego oferty. Oferta Odwołującego jest korzystniejsza, tym samym wobec wykluczenia, upatrywanie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w żądaniu wykluczenia z postępowania pozostałych wykonawców oferty mniej korzystne, a co za tym idzie w unieważnienie postępowania jest nieprawidłowe. Przywołał orzecznictwo w tym zakresie. Z ostrożności wskazał także, że nie jest prawdą, iż wymóg posiadania doświadczenia w doszczelnieniu gruntów bentonitem powinien być rozumiany jako doszczelnianie gruntu w sposób jaki wskazany został do wykonania w niniejszym postępowaniu. Takie tożsame rozumienie jest niedopuszczalne, chodzi bowiem o doświadczenie podobne do tego, które stanowi przedmiot zamówienia. Wskazał na odpowiedź na pytanie 1 (pismo z dnia 26.03.2010 r.). Wykazane doświadczenie sprowadza się bądź w uszczelnieniu gruntów przy pomocy środków zawierających bentonit (Świętokrzyski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych) bądź poprzez zastosowanie odpowiedniej mieszanki samotwardniejącej i bentonitu (Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych). Ponadto stwierdził, że zarzut złożenia oferty, której treść nieodpowiada postanowieniom SIWZ, wobec nie wskazania na jakikolwiek okoliczności potwierdzające ww. zarzut, czyniąc go gołosłownym.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty z dnia 5.5.2010 r., odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, odpowiedzią na odwołanie, pismem Przystępującego z dnia 27.05.2010 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, wyjaśnień Zamawiającego dotyczących treści SIWZ z dnia 26.03.2010 r. - odpowiedź na pytanie 1 oraz z oferty Odwołującego, Przystępującego oraz FOLEKO Sp. z o.o., a także zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty z dnia 5.5.2010 r., odwołania, przystąpienia do odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma Przystępującego z dnia 27.05.2010 r. Dodatkowo dopuszczono: 1) pismo Zamawiającego z dnia 23.04.2010 r. skierowanym do Odwołującego, 2) odpowiedź Odwołującego z dnia 29.04.2010 r. wraz z załącznikami, 3) pismo z dnia 23.04.2010 r. skierowane do Przystępującego, 4) odpowiedź Przystępującego z dnia 29.04.2010 r. wraz z załącznikami, a w szczególności oświadczeniem innego podmiotu: FRANSŁAW PLUS, przesłanym Zamawiającemu przez Konsorcjum J.A.T., przy niniejszym piśmie z dnia 29.04.2010 r. dotyczącym referencji z dnia 3.02.2009 r. oraz z dnia 29.01.2009 r., 5) „Kartę Charakterystyki Bezpieczeństwa” firmy Dyckerhoff Polska. Ponadto, zostały także dopuszczone: 1) Karta Techniczna SOLIDUR® 274 RV. Gotowe mieszanki do wypełniania ścianek szczelnych, 2) Karta Techniczna SOLIDUR® MIP 05 i MIP 75. Gotowe mieszanki do ścianek szczelnych wykonanych metodą głębokiego mieszania DMM, 3) Karta Techniczna (Zastosowanie) SOLIDUR® MIP 05 i MIP 75. Głębokie mieszanie DMM, 4) SOLIDUR® 274RV. Sposób sporządzania mieszanin, 5) Aprobata Techniczna IMUZ AT/18-2007-0016-01, a także: 1) ogłoszenie o zamówieniu opublikowane na stronie internetowej:

http://www.bip2.um.pila.pl/info_przet_wyb.php?Kod=794&o=70&s=0&arch=true&ZAM=true,

2) Specyfikacja Techniczna Odbioru Robót Budowlanych opublikowana na stronie internetowej:

http://www.bip2.um.pila.pl/infoj3rzet_wyb.php?Kod=794&o=70&s=0&arch=true&AM=true

3) odpowiedź na pytanie nr 17 zawarta w wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 17.03.2008 r. dotyczących SIWZ, opublikowanych na stronie internetowej:

http://www.bip2.um.pila.pl/infojDrzet_wyb.php?Kod=794&o=70&s=0&arch=true&ZAM=true.

4) opinia referencyjna Gminy Piła z dnia 20.04.2009 r. oraz z dnia 16.03.2010 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek dowodowy Odwołującego o dostarczenie oryginału Dziennika budowy i Badań geologicznych w dokumentacji powykonawczej, dotyczących realizacji robót pn. „*Modernizacja składowiska odpadów komunalnych Gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo - rozbudowa i przebudowa dostosowywawcza*” wykonanych przez FOLEKO Sp. z o.o., uznając po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego, że nie ma on wpływu na wynik sprawy.

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

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty, z uwagi na przyjęcie, iż jego oferta nie spełnia wymagań stawianych w art. 26 ust. 2b Pzp, w związku z powołaniem się w ofercie na doświadczenie i wiedzę firmy Cetco Europę Ltd., która to firma, nie będzie wykonywała prac w zakresie uszczelnienia dna misy jako podwykonawca, pomimo, iż Odwołujący udowodnił, iż będzie dysponował zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wykazując rzeczywisty związek firmy Cetco Europę Ltd z realizacją zamówienia, poprzez zobowiązanie tego podmiotu do zawarcia z wykonawcą umowy o udostępnienie *know-how* i doradztwo z zakresu uszczelnienia dna misy, która to umowa nie powoduje zerwania więzi pomiędzy zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego ten zasób, a przedsiębiorstwem tego podmiotu, w skład którego wchodzi udostępniany zasób, z uwagi na fakt, iż wiedza i doświadczenie miały być udostępniane w formie usług doradczych, co nie skutkuje zbyciem lub przekazaniem w innej formie wiedzy i doświadczenia na rzecz innego podmiotu, w tym wykonawcy i nie stanowi w żadnym razie obrotu zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego w postaci przedsiębiorstwa podmiotu udostępniającego ten zasób, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający wskazał w pkt VIII pkt 2 lit. c SIWZ, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia będzie oceniany m.in. przez wykazania się realizacją co najmniej 2 robót polegających na doszczelnieniu gruntów bentonitem o powierzchni nie mniejszej niż 2 ha w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Potwierdzeniem spełnienia tego warunku było: „(i) *Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie*

z załącznikiem nr 4 (...); (ii) wykaz wykonanych zamówień (jeden wspólny wykaz w przypadku Wykonawców składających ofertę wspólną), sporządzony według załącznika nr 7. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; (iii) Wykonawca może polegać wiedzy i doświadczeniu, potencjalnie technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia; Wykonawca może tym celu wykorzystać załącznik nr 7a;”. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił pismem z dnia 26.03.2010 r. w odpowiedzi na pytanie 1, że: „(...) w warunkach stawianych w pkt VII ppkt 2 lit. (c) SIWZ nie doprecyzował, że doświadczenie ma dotyczyć robót tego samego rodzaju co zamówienie objęte przetargiem. Zamawiający będzie uwzględniać każde doświadczenie Wykonawcy w zakresie robót polegających na doszczelnieniu gruntów bentonitem”. Odwołujący w ramach złożonej ofert – załącznik nr 2 (Wykaz części zamówienia wykonywanych przez podwykonawców) użył sformułowania: „Nie dotyczy” (str. 8 oferty). W załączniku nr 3 (Wykaz personelu kluczowego Wykonawcy) określił personel kluczowy, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (str. 9 - 12 oferty). W dwóch załącznikach nr 3a przedłożył zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia (str. 13-14 oferty). Załączył także wykaz wykonywanych robót – załącznik nr 7, w tym oddzielny wykaz zamówień realizowanych przez podmiot trzeci: CETCO Europę Ltd. (str. 35-39 oferty). Referencje odnośnie podmiotu trzeciego (wystawione na rzecz CETCO Contracting) w j. angielskim wraz z tłumaczeniem załączył na str. od 45-48 oferty. Dodatkowo przedłożył załącznik nr 7 a (Zobowiązanie innych podmiotów do uczestniczenia w realizacji zamówienia) na rzecz CETCO POLAND Sp. z o.o. oraz CETCO Europę Ltd. w części dotyczącej uszczelniania dna misy: wykonanie przesłony betonowo-gruntowej (str. 49 i 57 oferty). Ponadto oświadczenie odnośnie struktury organizacyjnej CETCO Europę Ltd.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, poprosił o wyjaśnienie pismem z dnia 23.04.2010 r. Odwołującego m.in. rozbieżności pomiędzy zobowiązaniem innego podmiotu stanowiącego załącznik nr 7a podpisanego przez przedstawiciela firmy CETCO Europę Ltd., do wykonania zamówienia w części dotyczącej uszczelniania dna misy: wykonania przesłony bentonitowo-gruntowej a brakiem tej części wskazanej do wykonania przez podwykonawców

w „Wykaz części zamówienia wykonywanych przez podwykonawców” stanowiącej załącznik nr 2. Wskazał także zgodnie z zapisami pkt VIII pkt 6 SIWZ Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca wskazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt VIII ppkt 2 oraz ppkt 3 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt VIII ppkt 5. Prosimy o wyjaśnienie czy którakolwiek z firm, która wystawiła zobowiązanie dołączone do oferty będzie brała udział w realizacji części zamówienia. Jeśli tak to Zamawiający prosi o uzupełnienie dokumentów skazanych w pkt VIII ppkt 5 SIWZ tych firm. Wskazał także że z załączonych referencji nie można ustalić w sposób jednoznaczny, czy roboty wykonane są tożsame z wymaganiami, jakie postawił Zamawiający. Prosi o wyjaśnienie czy dostarczenie i montaż bariery bentonitowej można traktować jako doszczelnienie gruntu bentonitem, który był wymogiem Zamawiającego. W przypadku gdy roboty nie są tożsame, wzywał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków przetargowych przez Wykonawcę, tj. Wykaz wykonywanych robót (załącznik nr 7) wraz z dokumentami wskazanymi w tym załączniku do złożenia, tj. referencji, zobowiązania podmiotu trzeciego. W odpowiedzi z dnia 29.04.2010 r. Odwołujący poinformował, że całość zamówienia wykona własnymi siłami, co do udziału firmy CETCO Europę Ltd. stwierdził on, że: *„(...) Zobowiązanie CETCO Europę Ltd., zawarte w Załączniku nr 7a, jest zobowiązaniem do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie uszczelnienia dna misy: wykonanie przestony bentonitowo-gruntowej. (...) Udział CETCO Europę Ltd. w wykonaniu zamówienia polegał będzie na udostępnieniu Wykonawcy-Poszukiwania Naftowe „Diament” Sp. z o.o. w Zielonej Górze wiedzy i doświadczenia, na podstawie umowy o udostępnienie know-how i doradztwo z zakresu uszczelniania dna misy: wykonania przestony bentonitowo-gruntowej, która zostanie zawarta na okres realizacji zamówienia, co potwierdza oświadczenie zawarte w załączonym do niniejszego pisma uzupełnionym Załączniku 7a, zawierającym zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. (...)”*. Do pisma dołączył dokument z dnia 13.04.2010 r., tj. *„Zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”* podpisany przez firmę CETCO Europę Ltd. Nadto oświadczył, że dostarczenie i montaż bariery bentonitowej wykazane w referencjach jest tożsame z doszczelnieniem gruntu bentonitem, w związku z czym wykazane prace w załączniku nr 7 spełniają wymóg Zamawiającego. Załączył oświadczenie CETCO Europę Ltd. w powyższym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała zasadność czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. W ocenie Izby wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozzerwalnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owe połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizacji zamówienia – na zasadzie podwykonawstwa (A. Sołtysińska, G. Wicik: „Dopuszczalność powoływania się na zdolność innych podmiotów”, Kwartalnik PZP, Nr 4 (23)/2009, str. 19). Wiedzę należy rozumieć jako odpowiednie kwalifikacje zawodowe osób wykonujących zamówienie, także odpowiednie wykształcenie lub uprawnienia do dokonywania określonych czynności. Doświadczenie można określić, jako potwierdzone w praktyce umiejętności w zakresie wykonania danego rodzaju zamówienia. Sposobem nabycia doświadczenia będzie uprzednie wykonywanie prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia na rzecz innych podmiotów. (wyrok z dnia 05.05.2008 r. Sądu Okręgowego we Wrocławiu, sygn. akt: X Ga 75/08).

Po drugie, w ocenie Izby doświadczenie o którym jest mowa w art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp jest to tylko i wyłącznie zbiorowe doświadczenie instytucji (wykonawcy) traktowanej jako całość, nie zaś indywidualne doświadczeniu poszczególnych osób proponowanych do realizacji zamówienia. W konsekwencji art. 26 ust. 2 b Pzp w zakresie polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich ma zastosowanie tylko i wyłącznie przy jednoczesnym uczestnictwie podmiotu trzeciego przy realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Doświadczenie bowiem zawsze dzieli byt prawny przedsiębiorstwa (J. Sadowy: „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z 2009 r.”, UZP, W-wa 2010, str. 13). W rezultacie możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy (jego wiedzy i doświadczeniu) jest dana Wykonawcy tylko w tym zakresie, w jakim dysponuje zasobami podwykonawcy, a więc tylko co do tej części zamówienia, której wykonanie powierzył podwykonawcy (A. Sołtysińska, G. Wicik: „Dopuszczalność powoływania się na zdolność innych podmiotów”, Kwartalnik PZP, Nr 4 (23)/2009, str. 20). Doświadczenie i wiedza nie są bowiem wartościami związanymi z daną osobą, w przeciwnym wypadku należałoby uznać, że Zamawiający określił kryterium, które może spełnić jedynie określona ściśle osoba, a nie ma dwóch osób o takiej samej „wiedzy o doświadczeniu” (G. Jędrzejka: „Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego”,

Kwartalnik PZP, Nr 3 (18)/2008, str. 82). Z tych względów Izba rozpatrując art. 26 ust.2 b w związku z art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp uznała jak powyżej. Wykładania językowa art. 26 ust. 2 b Pzp prowadziłaby do obejścia art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp, nie chodzi bowiem o ograniczenie co do formy, lecz konieczność wykazania się rzeczywistym doświadczeniem podmiotów gospodarczych, nie zaś *de facto* wiedzą i doświadczeniem grupy osób działających w oderwaniu, a nie w więzi z przedsiębiorstwem macierzystym, kwestia problemów logistycznych, czy też językowych, w tym przedmiotowym stanie faktycznym, może choć nie musi stanowić dodatkowy argument przemawiający za słusznością stanowiska Izby.

Po trzecie, w przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Izby mamy do czynienia co najwyżej z wiedzą specjalistyczną i doradztwem (wiedzą *know-how*), jednakże Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w realizacji robót tj. doszczelniania kwatery, czyli gruntu bentonitem. Odwołujący wskazał wyraźnie na rozprawie, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego miałyby charakter nadzoru w zakresie potencjału ludzkiego i technicznego, a ta sytuacja byłaby podobna do sytuacji kierownika projektu, czy też *project manager*, który nie pełniłby funkcji budowlanych, lecz nadzorował jedynie proces wykonania. Wynika to także z referencji załączonych przez CETCO Europę Ltd., a w szczególności pierwszej z nich, gdzie zadanie było realizowane przez Clark Civil Engineering. Z uwagi na warunek postawiony w pkt VIII.2 c SIWZ przez Zamawiającego, nie wystarczająca jest wiedza i doświadczenie wynikające z wiedzy i doświadczenia konkretnych osób, czy też grupy osób w zakresie sporządzenia receptury specyfiku (mieszaniu bentonitu z gruntem) albo w nadzorze, skoro to nie podmiot zależny będzie wykonywał roboty budowlane, lecz Odwołujący, który nie ma żadnego dorobku w tym zakresie, ani umiejętności.

Względem stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał wiedzy i doświadczenia, abstrahując od sporu wskazywanego powyżej, ocenianego na moment składania ofert, co oznacza, iż w chwili składania oferty Odwołującemu nie udostępniono wiedzy i doświadczenia, a jedynie zobowiązano się do jej udostępnienia, Izba wskazuje, że takie stanowisko jest niezasadne. Oświadczenie z dnia 13.04.2010 r. załączone w ramach wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia oferty Odwołującego, to zobowiązanie się do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W ocenie Izby zd. 2 art. 26 ust.2b Pzp czyni niniejsze oświadczenie prawidłowym, albowiem wystarczające jest zobowiązanie dysponowania określonymi zasobami przy wykonywaniu zamówienia, a nie już w chwili składania ofert, żądanie Zamawiającego i Przystępującego wykracza ponad przywołany przepis.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp został przywołany przez Odwołującego w odwołaniu bez wskazania jakiejkolwiek argumentacji, w konsekwencji Izba uznaje go za gołosłowny i podlegający oddaleniu. Samo wskazanie przepisu prawa, jak w tym wypadku, nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się Wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem Zamawiającego (podobnie wyrok z dnia 18.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 545/08). Wskazywane na rozprawie okoliczności zaniechania zastosowania przez Zamawiającego trybu wynikającego z art. 26 ust.3, tudzież ust. 4 Pzp stanowiły wynik polemiki z pismem Przystępującego z dnia 27.05.2010 r. i nie stanowiły kontynuacji jakiejkolwiek argumentacji z odwołania, ponadto zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący sformułował alternatywny zarzut zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w przypadku nie uwzględnienia zarzutu względem jego oferty, przy uwzględnieniu co najmniej zarzutu względem oferty Przystępującego oraz FOLEKO Sp. z o.o. Z powyższego wynika, że zarzut bezprawnego wybrania ofert Konsorcjum J.A.T. i zaniechania wykluczenia, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VIII.2. c SIWZ, poprzez przedłożenie referencji innego podmiotu: FRANSŁAW PLUS, nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VIII.2.c SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum J.A.T., której treść nie odpowiadała treści SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak również zarzut bezprawnego zaniechanie wykluczenia FOLEKO Sp. z o.o., z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt VIII.2.c SIWZ, poprzez przedłożenie referencji z dnia 16.03.2010 r. wystawionych przez Gminę Piła, nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VIII.2.c SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty FOLEKO Sp. z o.o., której treść nie odpowiadała treści SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zostały sformułowane wobec ofert pozostałych Wykonawców dla uniemożliwienia zawarcia ważnej umowy. Jedynym celem Odwołującego jest unieważnienie postępowania i stworzenie możliwości ponownego zaistnienia w nowo ogłoszonym postępowaniu.

W tym stanie faktycznym konieczne jest dokonanie ustaleń odnośnie interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp po ostatniej nowelizacji. Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Warunkiem legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej jest łącznie -

posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono (M. Grzegorz: „Odwołanie do KIO po nowelizacji '2009'”, Monitor Zamówień Publicznych Nr 1/2010).

Biorąc pod uwagę aktualne brzmienie art. 179 ust.1 Pzp, jak i dotychczasowy dorobek orzecznictwa odnośnie interesu prawnego należy wskazać co następuje. W ocenie Izby z jednej strony nastąpiło rozszerzenie dotychczasowego rozumienia interesu. Po pierwsze, nie jest to już tylko interes prawny, ale także gospodarczy, np.: wynikający ze szkody materialnej na wizerunku firmy (renoma). Po drugie, Wykonawca nie musi już posiadać interesu, wystarczy, że posiadał, czyli w ogóle miał interes, np. wobec braku zakazu wnoszenia odwołania po zawarciu umowy, będzie posiadał go także po jej zawarciu. Nie jest więc już istotny moment na jaki Wykonawca miał interes, ale czy w ogóle go miał, z zastrzeżeniem że dotyczy danego zamówienia. Po trzecie, przejawem szkody będzie zawarcie umowy z naruszeniem Pzp, z tym że możliwość poniesienia szkody, to nie każda hipotetyczna szkoda, ale szkoda której prawdopodobieństwo jest realne, graniczące z pewnością.

Z drugiej interes nadal jest zawężony. Po pierwsze, w uzyskaniu danego zamówienia, czyli w konkretnym, danym postępowaniu, w którym podmiot ten jest uczestnikiem. W żadnym wypadku, interes nie może dotyczyć przyszłego zamówienia, choćby zamówienie obejmowało ten sam przedmiot zamówienia. Nie można zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes w uzyskaniu zamówienia, pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału Odwołującego w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie. Po drugie, istnieje konieczność wykazania szkody w uzyskaniu zamówienia, w którym podmiot ten jest uczestnikiem, tj. wnosi odwołanie i nie utracił ostatecznie statusu Wykonawcy, nie zaś jakiegokolwiek szkody, czyli konieczne jest wykazanie szkody polegającej na utracie możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Po trzecie, chodzi o szkodę w interesie poszczególnego Wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. Po czwarte, konieczne jest wykazanie adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego między zdarzeniem powodującym naruszenie Pzp, a szkodą, przy czym nie wystarczy wskazać, iż doszło do naruszenia przepisów Pzp, ale należy to udowodnić, a nie tylko uprawdopodobnić.

W przedmiotowym stanie faktycznym, wobec uznania zasadności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, utracił on status uczestnika

przedmiotowego postępowania. W rezultacie jeżeli zasadne byłoby uznanie, że Wykonawca miałby interes w kwestionowaniu zawartej w danym postępowaniu umowy, to wobec utraty statusu uczestnika danego postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego ogłoszonego w dniu 06.03.2010 r. nie ma on interesu w podnoszeniu zarzutów wobec pozostałych Wykonawców, gdyż nie będzie miała żadnej możliwości tak prawnej, jak i faktycznej w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz podnoszenia zarzutu oraz żądania zarazem nakazania unieważnienia postępowania. Nie wykazał także, iż na skutek nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, nie może uzyskać zamówienia. W zakresie żądania nakazania unieważnienia postępowania, Izba podtrzymuje dotychczasowe orzecznictwo względem niedopuszczalności unieważnienia postępowania przez Izbę po zmianie Pzp wprost uchylającej stosowny przepis z tym związany. Skład orzekający Izby, stanął na stanowisku, że biorąc pod uwagę aktualny stan prawny, działanie takie byłoby *de facto* działaniem mającym na celu obejście istniejących przepisów (podobnie wyrok z dnia 27.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 645/09).

Jednocześnie Izba uznaje, że aktualne jest w obecnym stanie prawnym, że: *„Z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, co też czyni opierając się w tym względnie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: „Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego (...). W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.*

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zgromadzony materiał dowodowy oraz wyjaśnienia Zamawiającego złożone na rozprawie wskazują na niezasadność zarzutu Odwołującego wobec oferty Przystępującego, zwłaszcza wobec wyjaśnień Zamawiającego dotyczących treści SIWZ z dnia 26.03.2010 r. - odpowiedź na pytanie 1, „Karty Charakterystyki Bezpieczeństwa” firmy Dyckerhoff Polska oraz art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16.04.2010 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2004 r., Nr 92, poz. 881 z późn. zm.), jak i ustawy z 11.01.2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych (Dz. U. z 2001 r., Nr 11, poz. 84 z później. zm.), czy też art. 31 Załącznik nr II Rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18.12.2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) (Dz. U. UE.L.06.396.1). Karty charakterystyk nie mogą być sprzeczne z aprobatami, które mają

charakter wtórny wobec nich. Zaś sam Odwołujący nie wykluczył, że w aprobacie technicznej Soliduru MIP 05 i MIP 75 w pkt 3.1 w pozycji: „pozostałe” może znajdować się bentonit, Izba wskazuje że Zamawiający nie określił zawartości procentowej bentonitu. W konsekwencji zasadne wydaje się wykazanie przez Przystępującego wymaganego doświadczenia bądź w uszczelnieniu gruntów przy pomocy środków zawierających bentonit (referencja wystawiona przez Świętokrzyski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, str. 48 oferty), bądź poprzez zastosowanie odpowiedniej mieszanki samotwardniejącej i bentonitu (referencja wystawiona przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, str. 49 oferty).

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia FOLEKO Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, Izba przywołuje wskazany powyżej brak interesu. Dodatkowo wskazując jedynie, że w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie wystarczy wykazanie złożenia nieprawdziwych informacji, konieczne jest także rozpatrzenie wpływu informacji nieprawdziwych na wynik postępowania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.11.2009 r., sygn. akt: V Ca 2024/09). W przedmiotowym stanie faktycznym wobec nie podważenia zasadności wyboru oferty Przystępującego, Odwołujący nie wykazał wpływu ewentualnej nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, co samo w sobie skutkuje już oddaleniem zarzutu.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec Odwołującego, Izba uznała także za nie zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp, w tym art. 7 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 i 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....