

Sygn. akt: KIO 465/12
KIO 474/12

WYROK
z dnia 26 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, Stalbud Tarnów Sp. z o.o. z siedzibą w Bogumiłowicach (sygn. akt: KIO 465/12),**
- B. **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 474/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach,**

przy udziale wykonawców:

- A. Konsorcjum: **Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie, Remaxbud Sp. z o.o. z siedzibą w Suchym Lesie, PBG Technologia Sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 465/12 i KIO 474/12,
- B. **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 465/12,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 465/12;**

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 465/12 obciąża **Konsorcjum: Control Process S.A., Stalbud Tarnów Sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Control Process S.A., Stalbud Tarnów Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Konsorcjum: Control Process S.A., Stalbud Tarnów Sp. z o.o.** na rzecz **Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
3. **Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 474/12 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec Konsorcjum: Hydrobudowa Polska S.A., Remaxbud Sp. z o.o., PBG Technologia Sp. z o.o.;**
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 474/12 obciąża **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od **Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach** na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A.** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 465/12

KIO 474/12

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Projektowanie i budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Marszów, Gmina Żary dla Projektu pn. Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego.*

Sygn. akt: KIO 465/12

W dniu 9 marca 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Control Process S.A., Stalbud Tarnów Sp. z o.o. – wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia tego konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także § 1 ust. 2 rozporządzenia 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.

Odnosząc się do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że złożone do oferty pełnomocnictwo udzielone panu Pawłowi B. (pełnomocnictwo z 22 listopada 2011 r.) wygasło 31 grudnia 2011 r., jednakże osoba ta jest nadal pełnomocnikiem Odwołującego, bowiem w dniu 30 grudnia 2011 r. spółka Control Process S.A., działająca jako pełnomocnik drugiego konsorcjanta, udzieliła panu Pawłowi B. pełnomocnictwa do reprezentowania Odwołującego na dalszy czas oznaczony, tj. do dnia 31 marca 2012 r. Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, pan Paweł B. podpisując pismo datowane na 25 stycznia 2012 r. był umocowany do złożenia w imieniu Odwołującego wymaganych oświadczeń woli i wiedzy, a niedołączenie pełnomocnictwa było jedynie niedopatrzaniem pełnomocnika. Zdaniem Odwołującego, z chwilą, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do umocowania pana Pawła B., miał obowiązek wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia braków w zakresie pełnomocnictwa lub do złożenia wyjaśnień w zakresie pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł, że obowiązek takiego wezwania dotyczy wszelkich oświadczeń woli i wiedzy wykonawców składanych w związku z badaniem i oceną przez Zamawiającego ofert. Bez znaczenia jest fakt, że pełnomocnictwo udzielone panu Pawłowi B. było już

przedmiotem uzupełnienia. W niniejszym stanie faktycznym uznać należy, iż istniał obowiązek powtórnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia braku w zakresie pełnomocnictwa. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazał, że ustawodawca zezwala na stosowanie szczególnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie jednokrotnie w odniesieniu do tego samego dokumentu, jednak ponowne wezwanie jest możliwe w stosunku do innych okoliczności, wcześniej nie badanych, jak i niepodnoszonych przez Zamawiającego, a zawartych w dokumencie, do uzupełnienia, którego wykonawca był już wezwany.

Odwołujący wskazał również, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zdaniem Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem nie wykazał w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że dane roboty budowlane zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone, a dostawy i usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący podniósł, że wykazał w ofercie szereg wykonanych zadań wraz z referencjami. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uznał przedłożonych przez Odwołującego referencji tylko dlatego, że nie zawierają one sformułowań wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego warunku. Referencje nie mają charakteru sformalizowanego, wydawane są grzecznościowo, zatem nie muszą wyszczególniać wszystkich prac, ani zawierać dokładnych danych z nimi związanych. Wystarczająca jest treść referencji, potwierdzająca należyte wykonanie danej roboty i umożliwiająca jednoznaczne powiązanie tej referencji z odpowiednią pozycją wykazu. Ponadto, referencje jako dokumenty podmiotowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlegają uzupełnieniu, co oznacza, iż w razie zastrzeżeń, Zamawiający winien przed wykluczeniem wykonawcy na podstawie takich referencji, wezwać do ich uzupełnienia lub do wyjaśnień.

Odnosząc się do treści wezwania Zamawiającego z 12 grudnia 2011 r., dotyczącego referencji, Odwołujący podniósł, że ustawodawca zezwala na stosowanie szczególnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie jednokrotnie w odniesieniu do tego samego dokumentu, jednak wobec braku wyraźnego wskazania w wezwaniu, jakie braki widzi Zamawiający w złożonych dokumentach, wezwanie to należy powtórzyć.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Odwołującego wymagań określonych w pkt 10.2 i 10.4 SIWZ, Odwołujący podniósł, że zarzut ten jest mało sprecyzowany oraz wskazał, że w piśmie z 20 grudnia 2011 r. Odwołujący szczegółowo

określił, który z podmiotów nie będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, a zatem wykazał, że nie ciąży na nim obowiązek dostarczenia dokumentów określonych w pkt 10.2-7 SIWZ.

Odwołujący podniósł ponadto, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący wykazał dysponowane potencjałem technicznymi oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 9.3.b SIWZ Wykonawca zobowiązany był wykazać do uczestniczenia w wykonywaniu niniejszego zamówienia osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia. Zamawiający nie wymagał potwierdzenia doświadczenia żadnymi dokumentami. W piśmie z 16 lutego 2012 r. Odwołujący wykazał dysponowanie wymaganym personelem, składając stosowne oświadczenie potwierdzające również fakt, iż dla inwestycji, w których realizacji osoby te brały udział, wydano świadectwo przejścia lub dokument porównywalny, a także wykazał fakt posiadania przez projektanta w specjalności drogowej znajomości zasad kosztorysowania oraz sporządzania i kontroli obmiarów budowlanych. Oświadczenie złożone przez Odwołującego winno zostać uznane za prawidłowe, wobec faktu, że również konsorcjum firm Hydrobudowa Polska SA, REMAXBUD Sp. z o.o. i PBG Technologia Sp. z o.o. wykazało spełnienie warunku wydania świadectwa przejścia jedynie swoim oświadczeniem złożonym w załączniku nr 6.

W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego o braku zgody na łączenie funkcji projektanta – w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych – z funkcją Technologa Unieszkodliwiania Zagospodarowywania Odpadów, Odwołujący wskazał, że na str. 18 SIWZ Zamawiający wskazał grupę funkcji, które można łączyć oraz grupę funkcji, których nie można łączyć, a żadna z zakwestionowanych przez Zamawiającego funkcji nie znalazła się w tych grupach. Należy zatem uznać, że co do dopuszczalności łączenia tych funkcji Zamawiający pozostawił dowolność wykonawcy.

Odwołujący podniósł również, że ww. zarzuty podniesione przez Zamawiającego są wynikiem nieprecyzyjności sformułowań SIWZ. Specyfikacja jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne, na podstawie jej treści wykonawcy przygotowują oferty. Jest to dokument wiążący dla wykonawców, dlatego też powinien on być precyzyjny i czytelny, a postanowienia tegoż dokumentu nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokument ten wiąże również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując badania i oceny ofert winien kierować się brzmieniem literalnym SIWZ oraz zasadą równego traktowania wykonawców.

Formułowanie dodatkowych wymagań nie wskazanych w SIWZ, uszczegóławianie jej postanowień czy jakakolwiek inna ich modyfikacja po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna. Jeśli Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej specyfikacji wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, nie może skutkami tego obciążać wykonawców.

Odnosząc się do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że załączając do pisma z 16 lutego 2012 r. przykładowe karty katalogowe (techniczne) urządzeń nie uzupełnił oferty, a tym samym nie zmienił jej treści. Odwołujący przedłożył bowiem przykładowe karty katalogowe tylko typów urządzeń, które ujęte były już w ofercie Odwołującego. Nie wprowadził zatem żadnych zmian w oferowanym zakresie typów urządzeń. Karty te mają na celu jednoznaczne wykazanie przez Odwołującego spełnienia wymagań Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki: polegają na niezgodności oferty z SIWZ oraz nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Odwołującego, prowadząc przedmiotowe postępowanie Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, co przejawiało się między innymi w następujących działaniach Zamawiającego:

1. Zamawiający w dniu 12 grudnia 2011 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający wymagał, aby Odwołujący uzupełnił załącznik nr 6. W ocenie Zamawiającego w kolumnie nr 3 ww. załącznika należało podać wartość projektów, w realizacji których uczestniczyły osoby, które będą brały udział w wykonaniu zamówienia. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący uzupełnił brakującą kolumnę załącznika o wartości projektów. Natomiast w ofercie złożonej przez Konsorcjum: Hydrobudowa Polska S.A., Remaxbud Sp. z o.o., PBG Technologia Sp. z o.o. (str. 107-145) brak informacji dotyczących budżetu i wartości projektu. Zamawiający w dniu 6 lutego 2012 r. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia, jednak nie w zakresie wartości projektu. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego ww. wykonawca złożył uzupełniony wykaz osób, w którym także nie została podana wartość projektu (odpowiedź pismo z 8 lutego 2012 r.).
2. Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, tj.: nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego w IDW w punktach: 9.2.a (i), (ii), (iii), (iv). W celu spełnienia warunku Odwołujący przedstawił

między innym referencją firmy Hera, z której wynika, że projekt CTR Valles Occidental został wykonany z zachowaniem wysokiego poziomu jakości oraz że podczas prac zaprezentowano wysoki poziom techniczny. Zdaniem Zamawiającego referencja ta nie potwierdziła wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AOUA S.A. załączyło referencję, z której nie wynika, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i nie została wykluczona z postępowania.

3. Zgodnie z pkt. 9.3.b ppkt x SIWZ kierownik robót specjalności drogowej winien posiadać kwalifikacje zawodowe: uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności drogowej. Tymczasem na stronie 136 oferty konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A. jako kierownik robót drogowych wskazany jest pan Waldemar Kominiak, który wykazuje się uprawnieniami budowlanym do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W dacie wydania uprawnień tj. 15 października 2003 r. były już wydawane samodzielne uprawnienia drogowe. Kwestia ta nie była przedmiotem badania przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Sygn. akt KIO 474/12

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. wniosło odwołanie wobec wyboru oferty Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A., Remaxbud Sp. z o.o., PBG Technologia Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, wybrany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt III.2.3) II) p.b) ppkt XIII) i XV) Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 9.1.3 b) ppkt. XII) i ppkt. XIV) Instrukcji dla Wykonawców, Wykonawca powinien dysponować następującymi specjalistami:

1. Specjalista ds. montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów (wyszktałcenie techniczne, co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu montażem linii technologicznych zakładów unieszkodliwiania odpadów komunalnych, w tym kierowanie montażem minimum jednej instalacji tlenowej stabilizacji i przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów

komunalnych pracującej w systemie zamkniętym o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok, zakończonych wydaniem Świadectwa Przejęcia lub dokumentu porównywalnego;

2. Specjalista ds. rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów (wykształcenie techniczne, co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3-letnie doświadczenie w prowadzeniu rozruchu linii technologicznych zakładów unieszkodliwiania odpadów komunalnych, w tym przeprowadzenie rozruchu minimum jednej instalacji tlenowej stabilizacji i przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych pracującej w systemie zamkniętym o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok, zakończonych wydaniem Świadectwa Przejęcia lub dokumentu porównywalnego.

W przypadku funkcji Specjalisty ds. montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów i funkcji Specjalisty ds. rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów, Zamawiający dopuścił dysponowanie przez Wykonawcę jedną osobą na oba stanowiska. Wybrany Wykonawca skorzystał z możliwości łączenia obu funkcji i zaproponował, w wykazie osób (poz. 13 i 15) jedną osobę – pana An. Schlicka, który według informacji zamieszczonych w wykazie, posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zawodowe. Trzyletnie doświadczenie pana Schlicka A. jako Specjalisty ds. montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów miało wynikać m.in. z pełnienia przez niego funkcji kierownika budowy/montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów w Zakładzie Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów w Pohlsche Heide/Niemcy w okresach:

- styczeń 2004-grudzień 2004 – przy układzie biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości 35.000 Mg/rok pracującej w systemie zamkniętym,
- wrzesień 2005-grudzień 2005 – przy rozbudowie biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości 50.000 Mg/rok pracującej w systemie zamkniętym.

Trzyletnie doświadczenie pana Schlicka A. jako Specjalisty ds. rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów miało wynikać między innymi z pełnienia przez niego funkcji kierownika budowy/montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów w Zakładzie Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów w Pohlsche Heide/Niemcy w okresach:

- styczeń 2005-sierpień 2005 – przy układzie biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości 35.000 Mg/rok pracującej w systemie zamkniętym,
- styczeń 2006-grudzień 2006 – przy rozbudowie biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości 50.000 Mg/rok pracującej w systemie zamkniętym.

Zdaniem Odwołującego informacje to są niezgodne ze stanem faktycznym.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej zakładu MBA w Pohlsche Heide ([http://www.pohlsche-heide.de/daten/Steckbrief MBA.pdf](http://www.pohlsche-heide.de/daten/Steckbrief_MBA.pdf)), budowa zakładu była zatwierdzona w maju 2002 roku, rozpoczęta we wrześniu 2002 roku, a zakład uruchomiono w grudniu 2004 roku. Ponadto wybudowana i uruchomiona instalacja biologiczna w tym zakładzie (układ biologicznego przetwarzania odpadów) miała przepustowość 48.000 Mg/a (100 % przepustowość dotyczyła przetwarzania w warunkach tlenowych, z czego 30 % w przetwarzaniu bezpośrednim, a 70% po wstępnym przetwarzaniu beztlenowym). Skoro instalacja została uruchomiona w grudniu 2004 r., to nawet przy założeniu, że był to początek czynności rozruchowych, oczywiste jest, że do grudnia 2004 roku musiał być zakończony montaż całej instalacji. W związku z tym, do okresu, w jakim pan Schlick A. nabył doświadczenie w zakresie montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów można zaliczyć tylko okres od stycznia do grudnia 2004 r. przy układzie biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych. Natomiast w okresie od września do grudnia 2005 r. nie mógł on nabyć doświadczenia w zakresie montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów, ponieważ linia ta była już zamontowana i rozpoczęto jej uruchomienie.

W związku z tym wybrany Wykonawca wykazał, że pan Schlick A. ma 32-miesięczne doświadczenie w wymaganym zakresie, a zatem nie spełnia wymogu posiadania 3-letniego doświadczenia. Ponadto, skoro uruchomiona w grudniu 2004 r. instalacja biologicznego przetwarzania odpadów miała przepustowość 48.000 Mg/a (100 % przepustowość dotyczyła przetwarzania w warunkach tlenowych, z czego 30 % w przetwarzaniu bezpośrednim, a 70% po wstępnym przetwarzaniu beztlenowym), to trudno sobie wyobrazić konieczność przebudowy tej instalacji do przepustowości 50.000 Mg/a.

W związku z tym, do okresu, w jakim pan Schlick A. nabył doświadczenia w zakresie rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów Zakładzie Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów można zaliczyć tylko wskazany przez wybranego wykonawcę okres od stycznia do sierpnia 2005 r., przy układzie biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych. Natomiast w okresie od stycznia do grudnia

2006 r. nie mógł on nabyć doświadczenia w zakresie rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów, ponieważ linia ta została już uruchomiona w 2005 roku, a jej przepustowość wynosiła 48.000 Mg/a (czyli około 50.000 Mg/a). W związku z tym wybrany Wykonawca wykazał, że pan Schlick A. ma 24-miesięczne doświadczenie w kierowaniu rozruchem linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów, a zatem nie spełnia wymogu opisanego w SIWZ.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. III.2.3). I) ppkt. a (ii) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.2 a) ppkt ii) Instrukcji dla Wykonawców, w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawcy wymagał wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) m.in. co najmniej jednego zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i zbudowaniu instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych zmieszanych i/lub zbieranych selektywnie o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok w technologii komorowej zamkniętej z automatycznym załadunkiem, systemem napowietrzania wsadu i oczyszczania powietrza odlotowego w biofiltrze.

Wybrany wykonawca, na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu zapisanego w IDW pkt. 9, ppkt 1.2)a)(ii) wskazał zaprojektowanie i wybudowanie przez firmę Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co. KG (podmiot udzielający Konsorcjum wiedzę i doświadczenie) Zakładu Mechaniczno-Biologicznej Utylizacji Odpadów w Warnie w Bułgarii. Na potwierdzenie wykonania przez firmę Eggersmann ww. zakładu do oferty dołączony został „certyfikat referencji” wydany przez zamawiającego tj. Ecoinvests Assets. W treści ww. referencji w punkcie „Zakres robót wykonanych przez Wykonawcę” wskazano: „Zaprojektowanie i wybudowanie MSW Treatment Plant z systemem intensywnej stabilizacji tlenowej biofrakcji”.

Odwołujący na podstawie informacji otrzymanych od firmy Ecoinvest Assets dotyczących zakresu robót wykonywanych w ramach tej inwestycji przez firmę Eggersmann stwierdził, że spółka ta nie była wykonawcą całego zakładu i nie wybudowała instalacji stabilizacji tlenowej. Firma Eggersmann, jako dostawca technologii i know-how, odpowiadała tylko za część technologiczną tej instalacji tj. projekt technologiczny, montaż i rozruch zakładu (urządzeń). Prace budowlane i projekty pozostałych branż (konstrukcyjna, architektoniczna, sanitarna) były poza zakresem robót zleconych firmie Eggersmann. Zgodnie z informacją uzyskaną od firmy Ecoinvest Assets roboty budowlane były wykonane przez firmę Cordeel Bułgaria będącej oddziałem belgijskiej firmy Cordeel. Z uzyskanych informacji wynika również, że pomiędzy podwykonawcami (tj. Eggersmann i Cordeel Bułgaria) nie zostało zawarte konsorcjum, które dawałoby prawo każdemu z konsorcjantów do wykorzystywania wspólnie zdobytego doświadczenia. Powyższy stan rzeczy znajduje

również potwierdzenie wśród informacji zamieszczonych na stronie internetowej firmy Eggersmann (www.f-e.de), gdzie zakres robót dla tej inwestycji firma Eggersmann opisała jako: dostawa, montaż i rozruch części mechanicznego przetwarzania i kompostowania nowopowstałego zakładu przetwarzania odpadów komunalnych dla Miasta Varna o wydajności do 140 000 T/rok.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wymagał doświadczenia w zbudowaniu instalacji stabilizacji tlenowej, zatem doświadczenie zdobyte przez firmę Eggersmann jest niewystarczające dla spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący dodał, że zgodnie z art. 3 ustawy Prawo budowlane, przez budowę należy rozumieć *wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*. Roboty montażowe stanowią jedynie element budowy. Doświadczenie firmy Eggersmann w wykonywaniu projektu technologicznego nie spełnia również warunku udziału podanego w IDW pkt. 9. ppkt 1.2)a)(ii) mówiącego o konieczności wykazania się zaprojektowaniem instalacji stabilizacji tlenowej. Poprzez „zaprojektowanie” należy rozumieć wykonanie co najmniej projektu budowlanego pozwalającego na realizację budowy. Projekt budowlany zgodnie z Prawem budowlanym (art. 34), powinien zawierać m.in. projekt zagospodarowania działki lub terenu, projekt architektoniczno-budowlany (określający m.in. formę i konstrukcję obiektu budowlanego), wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych. Projekt technologiczny, którego wykonawcą była firma Eggersmann nie może być podstawą wykonania budowy i nie zawiera cech projektu budowlanego.

Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z pkt 10 ust. 2 IDW, jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 10.1 2) -7). Wybrany Wykonawcy polegał na zasobach firmy Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co. KG. (Spółka komandytowa), która w złożonym oświadczeniu zobowiązała się do wzięcia udziału w przedmiotowym zamówieniu. Wybrany Wykonawca nie dołączył natomiast do swojej oferty (nie został też wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy) dokumentów, o których mowa w pkt 10.1. ppkt 6) i 7) IDW, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 7) i 8) i 9). W ofercie wybranego Wykonawcy brak jest stosownych zaświadczeń w odniesieniu do komplementariusza spółki komandytowej (spółki na której zasobach wybrany Wykonawca polega), tj. Spółki Eggersmann GmbH (spółka z o.o.). Zdaniem Odwołującego, skoro komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zaświadczenia z KRK

dotyczące komplementariusza, powinny być wydane zarówno dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i dla jej członków zarządu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wybranego Wykonawcy oraz o nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i nakazanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 465/12

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było zasadne, ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zgodnie z Częścią I pkt 9.3 SIWZ, Zamawiający dopuścił łączenie funkcji Kierownika Budowy z funkcją kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych oraz łączenie funkcji Kierownika Budowy z funkcją kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że łączenie trzech funkcji (Kierownika budowy, kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych) jest niedopuszczalne.

Odwołujący w wykazie osób (złożonym na skutek wezwania Zamawiającego) przedstawił jedną osobę, która będzie pełniła funkcję projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz funkcję technologa unieszkodliwiania i zagospodarowywania odpadów. W świetle przytoczonych wyżej postanowień SIWZ było to niedopuszczalne.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w SIWZ Zamawiający wskazał grupę funkcji, które można łączyć i grupę funkcji niepodlegających łączeniu, pozostawiając wykonawcom swobodę co do ewentualnego łączenia funkcji niewymienionych w tych dwóch grupach. W specyfikacji wskazane zostały jedynie funkcje, których wykonywanie przez jedną osobę Zamawiający dopuszcza (tj. Kierownik Budowy może być jednocześnie kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych albo kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), z tym jednak zastrzeżeniem, że jedna osoba nie może wykonywać łącznie trzech wskazanych funkcji. A contrario pozostałe funkcje, niewymienione w przywołanym postanowieniu SIWZ, nie podlegały łączeniu. Zdaniem Izby, przedstawiona przez Odwołującego interpretacja przywołanego postanowienia specyfikacji nie ma oparcia w jego literalnym brzmieniu, które jest jasne i precyzyjne.

Ponieważ Odwołujący, mimo wezwania przez Zamawiającego (w dniu 12 grudnia 2011 r.) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu osób, nie złożył wykazu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się natomiast pozostałe podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Niemniej jednak, wobec faktu, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania okazała się zasadna, naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie pozostałych podstaw wykluczenia, jak również w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie ma wpływu na wynik postępowania, nie mogło zatem stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się kolejno do podanych przez Zamawiającego przyczyn wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty (które Izba uznała za niezasadne), po pierwsze należy stwierdzić brak podstaw do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu ze względu na fakt, że czynności podjęte w jego imieniu przez pana Pawła B., były nieskuteczne, gdyż nie był on osobą umocowaną do reprezentowania wykonawcy. Bezsporne jest, że pełnomocnictwo złożone w dniu 21 grudnia 2011 r. wygasło z dniem 31 grudnia 2011 r. (pełnomocnictwo to zostało złożone na wezwanie Zamawiającego, ze względu na wskazanie w pełnomocnictwie załączonym do oferty błędnej daty końcowej jego obowiązywania, tj. 31 lutego 2011 r.). Bezsporne również jest, że pan Paweł B., składając w imieniu wykonawcy oświadczenia woli i wiedzy po wygaśnięciu pierwotnego pełnomocnictwa (w tym oświadczenie z 25 stycznia 2012 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą), nie wylegitymował się nowym pełnomocnictwem. Nie jest to jednak tożsame z brakiem umocowania.

W tych okolicznościach Zamawiający miał obowiązek, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 2754/11, *omawiany przepis znajduje zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia i nie ma przy tym znaczenia, czy brak w zakresie pełnomocnictwa występuje przy pierwszej, czy kolejnej czynności podejmowanej przez wykonawcę w postępowaniu.*

Zaniechania wezwania do złożenia pełnomocnictwa nie usprawiedliwia fakt, że wykonawca był już raz wezwany (w dniu 12 grudnia 2011 r.) do uzupełnienia braków w tym zakresie. Naruszeniem przyjmowanego w orzecznictwie zakazu wielokrotnego stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, byłoby ponowne wezwanie do złożenia pełnomocnictwa, w sytuacji jego niezłożenia (lub złożenia nieprawidłowego dokumentu), mimo otrzymanego już wezwania. Tymczasem w niniejszej sprawie, w odpowiedzi na wezwanie z 12 grudnia 2011 r., wykonawca złożył prawidłowe pełnomocnictwo, należycie wykazując umocowanie osoby składającej ofertę. Następnie, w toku postępowania (po dniu 31 grudnia 2011 r.), pojawiła się konieczność podejmowania dodatkowych czynności i wykazania umocowania do ich dokonania. Jeśli umocowanie to nie zostało wykazane, Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa. Wezwania takiego nie można traktować jako powtórne, byłoby to bowiem pierwsze wezwanie do wykazania umocowania do działania w imieniu wykonawcy na dalszym etapie postępowania.

Brak było również podstaw faktycznych do wykluczenia Odwołującego ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W informacji o wykluczeniu z postępowania Zamawiający podał, że wykonawca *nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego w IDW w punktach 9.2)a) (0,(ii),(iii),(iv) – wiedza i doświadczenie nie zostały w wykazie robót przedstawione w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że dane roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a dostawy i usługi zostały wykonane należycie.* Zamawiający poinformował, że *pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 12.12.2011 r., nie przedstawiono dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia przekazanego od innych podmiotów - brak dokumentów z punktu 10.2. IDW i 10.4 IDW.* Natomiast w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że *nie jest prawdą, że Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania ze względu na treść referencji. Zamawiający zażądał od wykonawcy przedstawienia dokumentów, o których mowa w pkt 10.2 i 10.4 ID W, czego Wykonawca nie uczynił, podnosząc, że w przypadku podmiotu udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b PZP nie jest to konieczne. Stanowisko takie jest błędne (...)* koniecznym było przedstawienie przez Odwołującego dokumentów firmy Hera

Amasa S.A. Zamawiający wystosował do Odwołującego w tym zakresie wezwanie do uzupełnienia z dnia 12.12.2011 r., jednak Odwołujący jedynie złożył w tym zakresie wyjaśnienie, że w jego mniemaniu konieczność taka nie występuje. Podobnie rzecz się miała z dokumentami firmy Waste Treatment Technologies B.V., które również nie zostały uzupełnione.

Odnosząc się do powyższej przyczyny wykluczenia Odwołującego z postępowania, w pierwszej kolejności należy wskazać, że nie została ona wyartykułowana wprost w informacji o wykluczeniu, a Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie sprecyzował swoje stanowisko w kwestii warunku wiedzy i doświadczenia i przedstawił argumentację na jej poparcie. Niezależnie jednak od tego, stanowisko Zamawiającego o konieczności złożenia dokumentów dotyczących podmiotów, które udostępniają swoje zasoby, ale nie będą podwykonawcami, jest błędne.

Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Zatem możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uwarunkowana jest uczestnictwem tego podmiotu w realizacji części zamówienia. Z kolei przez realizację części zamówienia należy rozumieć podwykonawstwo (mimo braku ustawowej definicji udziału w realizacji części zamówienia i podwykonawstwa, na tożsamość tych pojęć wskazuje chociażby treść art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom). W konsekwencji, przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), dotyczy właśnie podwykonawców. Skoro wykonawca oświadczył, że przekazanie wiedzy i doświadczenia nastąpi w innej formie niż podwykonawstwo, to brak było podstaw do żądania dokumentów podmiotowych dotyczących spółek udostępniających zasoby. Należy również wskazać, że Zamawiający w toku postępowania oraz w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie zakwestionował możliwości udostępnienia wiedzy i doświadczenia w innej formie niż podwykonawstwo.

W odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (poza kwestią łączenia dwóch funkcji przez jedną osobę, co zostało omówione

powyżej), Zamawiający w informacji o wykluczeniu z postępowania wskazał, że wykonawca *nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego w IDW w punktach: 9.3)b) dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: (i) Menadżer kontraktu - Rezydent - brak informacji potwierdzającej, że przy wymaganym doświadczeniu specjalisty wydano świadectwo przejęcia lub dokument porównywalny, (vi) Kierownik Budowy (kierownik robót w specjalności konstrukcyjno- budowlanej lub instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych) - brak informacji potwierdzającej, że przy wymaganym doświadczeniu specjalisty wydano świadectwo przejęcia lub dokument porównywalny; Specjalista ds. montażu linii technologicznej segregacji odpadów - brak informacji potwierdzającej, że przy wymaganym doświadczeniu specjalisty wydano świadectwo przejęcia lub dokument porównywalny, (xii) Specjalista ds. montażu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów – brak informacji potwierdzającej, że przy wymaganym doświadczeniu specjalisty wydano świadectwo przejęcia lub dokument porównywalny, (xiii) Specjalista ds. rozruchu linii technologicznej segregacji odpadów - brak informacji potwierdzającej, że przy wymaganym doświadczeniu specjalisty wydano świadectwo przejęcia lub dokument porównywalny, (xiv) Specjalista ds. rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów - brak informacji potwierdzającej, że przy wymaganym doświadczeniu specjalisty wydano świadectwo przejęcia lub dokument porównywalny, (v) Projektant - w specjalności drogowej - brak informacji potwierdzającej, że specjalista posiada znajomość zasad kosztorysowania oraz sporządzania i kontroli obmiarów budowlanych.*

Powyższe stwierdzenie Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Do przedstawienia informacji we wskazanym wyżej zakresie Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 14 lutego 2012 r. W wyjaśnieniach z 17 lutego 2012 r. wykonawca odniósł się do wszystkich elementów wezwania i potwierdził spełnienie wymogów SIWZ w takim zakresie, jaki wynikał z pisma Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał natomiast przedłożenia dokumentów na potwierdzenie tych informacji, a jedynie oświadczenia wykonawcy, a następnie, mimo złożenia takiego oświadczenia, uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, co należy uznać za bezpodstawne.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 14 lutego 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do wyjaśnień, *dlaczego do oferty nie zostały dołączone: oferowane typy maszyn, urządzeń, wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i technicznych (konstrukcyjnych), w sposób pozwalający na*

jednoznaczną ocenę możliwości spełnienia wszystkich postanowionych w niniejszym opracowaniu wymagań i posiadania w tym względzie niezbędnych doświadczeń. W tym celu do oferty wykonawca winien załączyć m.in. szczegółowe opisy, rysunki, schematy, karty urządzeń z parametrami, zdjęcia. W odpowiedzi wykonawca przedłożył przykładowe karty katalogowe proponowanych w naszej ofercie typów urządzeń zawierające wymagane przez Zamawiającego dane. Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Zamawiający podał, że w wykonawca przedłożył wyjaśnienia (które – zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym na rozprawie – zostały uwzględnione) oraz dodatkowo uzupełnił swoją ofertę o karty katalogowe, zdjęcia i opisy urządzeń. (...) Zamawiający nie wymagał uzupełnień oferty w wezwaniu do wyjaśnienia z dnia 14.02.2012 r. Zdaniem Zamawiającego załącznik nr 8 opis rozwiązań technicznych i technologicznych nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

W ocenie Izby, przedłożone przez Odwołującego opisy i karty katalogowe były dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Świadczy o tym chociażby treść załącznika nr 8 do SIWZ, zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego należało przedstawić opis obejmujący m.in. opis zastosowanej technologii zagospodarowania odpadów, wraz z opisem oferowanych maszyn i urządzeń, ich parametrów technicznych i technologicznych oraz wszystkie inne informacje, które wykonawca uzna za niezbędne do pełnego przedstawienia swojej propozycji w sposób umożliwiający Zamawiającego jej pełną ocenę.

Składając dodatkowe dokumenty Odwołujący w żadnym zakresie nie zmienił oferowanego przedmiotu zamówienia, zmierzał jedynie do wykazania, że jego oferta spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Nie potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące nierównego traktowania wykonawców. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący nie kwestionował prawidłowości innych ofert złożonych w postępowaniu i nie zarzucał Zamawiającemu zaniechania ich odrzucenia bądź wykluczenia wykonawców, którzy je złożyli, ale opierał swoje zarzuty jedynie na naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady nie może stanowić samodzielnego zarzutu odwołania. Przepis ten wyraża ogólną zasadę postępowania, której nieprzestrzeganie zawsze przejawia się w naruszeniu innych, szczegółowych przepisów, a takiego zarzutu Odwołujący nie sformułował. W tej sytuacji na marginesie jedynie Izba stwierdza, że analiza

dokumentacji postępowania nie potwierdziła, aby Zamawiający, w takich samych okolicznościach odmiennie traktował wykonawców.

Sygn. akt: KIO 474/12

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum: Hydrobudowa Polska S.A., Remaxbud Sp. z o.o., PBG Technologia Sp. z o.o.

Zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się doświadczeniem polegającym m.in. na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i zbudowaniu instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych zmieszanych i/lub zbieranych selektywnie o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok w technologii komorowej zamkniętej z automatycznym załadunkiem, systemem napowietrzania wsadu i oczyszczania powietrza odlotowego w biofiltrze (pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu). Przystępujący załączył do oferty wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym w poz. 2 zamieścił wskazał inwestycję pn. „Wykonanie projektu i budowa Zakładu Mechaniczno-Biologicznej Utylizacji Odpadów” wykonaną przez spółkę Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co KG.

Przystępujący nie kwestionuje twierdzeń Odwołującego, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie był wykonawcą wszystkich robót obejmujących ww. inwestycję, gdyż roboty budowlane polegające na zbudowaniu betonowych komór zostały wykonane przez inny podmiot. Jednakże Przystępujący twierdzi, że zakres prac wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji przez spółkę Eggersmann Anlagenbau spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego. Zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca miał wykazać się zaprojektowaniem i zbudowaniem instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej. Zamawiający nie zdefiniował, co rozumie przez zaprojektowanie i zbudowanie instalacji, zatem za właściwy punkt odniesienia należy uznać przepisy ustawy Prawo budowlane, która w art. 3 pkt 6 określa budowę jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu,

a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, z kolei obiektem budowlanym, zgodnie z art. 3 ust. 1, jest m.in. budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. W ocenie Izby, ze względu na sposób sformułowania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu (zaprojektowanie i zbudowanie instalacji w technologii komorowej zamkniętej), spełnienie tego warunku mogło być wykazane poprzez wylegitymowanie zaprojektowaniem i zbudowaniem całego zakładu, w tym komór, w których zamieszczone zostały elementy instalacji i urządzeń. Nie spełnia natomiast tego wymagania montaż instalacji w komorach zbudowanych przez innego wykonawcę. Jeśli dla Zamawiającego wystarczające było doświadczenie polegające na montażu takiej instalacji, powinien inaczej sformułować warunek udziału w postępowaniu. Interpretowanie tego warunku, na etapie oceny ofert, w sposób odbiegający od jego literalnego brzmienia, należy uznać za niedozwolone.

Nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Przystępującego, że sporny warunek udziału w postępowaniu wykazany został również przez realizację inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu. Z oferty wykonawcy wynika, że na potwierdzenie tego warunku przedstawił inwestycję zrealizowaną przez spółkę Eggersmann Anlagenbau, w odniesieniu do której zamieścił informację, że została zbudowana w konstrukcji zamkniętego tunelu. W przypadku poz. 1 wykazu nie podał analogicznej informacji, pozwalającej ocenić zgodność technologii z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast na rozprawie wykonawca poprzestał jedynie na gołosłownym stwierdzeniu, że inwestycja z poz. 1 wykazu spełnia wymagania Zamawiającego.

W związku z tym, że Przystępujący nie został wezwany przez Zamawiającego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, Izba nakazała Zamawiającemu zastosowanie procedury wezwania, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie zarzut dotyczący braku wymaganego doświadczenia osoby wskazanej w ofercie Przystępującego jako specjalista ds. rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów. Twierdzenia Odwołującego oparte zostały jedynie na niezweryfikowanych informacjach zamieszczonych na stronie internetowej. Natomiast Przystępujący złożył na rozprawie oświadczenie przedstawiciela spółki Eggersmann Anlagenbau GmbH, że podane w ofercie informacje na temat doświadczenia pana A. Schlicka są zgodne ze stanem faktycznym. Ponadto złożył harmonogram prac potwierdzony przez podmiot, na rzecz którego były wykonywane, wraz z oświadczeniem, że: *informacje dotyczące uruchomienia zakładu i podanego terminu na grudzień 2004 r. donoszą się do początku prac rozruchowych w kwestii mechanicznej obróbki wstępnej. Prace rozruchowe instalacji (...) rozpoczęto w styczniu 2005. W stosunku*

do złożonych przez Przystępującego dokumentów Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych.

Niezasadny jest również zarzut dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do przedłożenia dokumentów dotyczących niekaralności komplementariusza spółki komandytowej, udostępniającej wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W niniejszej sprawie komplementariuszem w spółce komandytowej jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która – jako osoba prawna – nie może być prawomocnie skazana za wymienione przestępstwa, które mogą być popełnione wyłącznie przez osoby fizyczne. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znajduje więc zastosowania. Bezpodstawne jest również żądanie przedłożenia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu spółki będącej komplementariuszem. Przesłanką wykluczenia wykonawcy jest bowiem wyłącznie prawomocne skazanie komplementariusza, a nie członków zarządu komplementariusza. Brak jest jakichkolwiek podstaw do utożsamiania karalności komplementariusza z karalnością członków jego organu zarządzającego.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: