

WYROK
z dnia 10 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2014 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Instal Warszawa S.A., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa (lider), 2) EkoWodrol Sp. z o.o., ul. Słowiańska 13, 75-846 Koszalin**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin**,

przy udziale **wykonawcy EQUIPO M. O., ul. Karolewska 38/40, 90-561 Łódź** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. **kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego – Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin** – na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Koszalinie – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa instalacji biologicznego przetwarzania frakcji organicznej wydzielonej ze strumienia odpadów komunalnych na terenie Regionalnego Zakładu Odzysku Odpadów w Sianowie, ul. Lubuszan 80”, znak sprawy 2014/S 109-191547.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2014 r., pod nr 2014/S 109-191547.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 16 września 2014 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przedsiębiorcy EQUIPO M. O., ul. Karolewska 38/40, 90-561 Łódź, zawiadamiając jednocześnie o wykluczeniu z postępowania Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Instal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (lider), 2) EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie.

W dniu 26 września 2014 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego, z powodu złożenia przez niego jakoby nieprawdziwych informacji odnośnie kosztów eksploatacji, stanowiących podstawę oceny ofert w kryterium koszty eksploatacji, a w rezultacie brak oceny oferty Odwołującego w podanych kryteriach oceny ofert;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z powodu rzekomego nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę EQUIPO M. O. ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- 4) a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3) - art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny oferty EQUIPO M. O. w kryterium koszty eksploatacji;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EQUIPO M. O., mimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 6) a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 4) - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EQUIPO M. O. do uzupełnienia wykazu osób lub zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających potencjał osobowy wraz z wymaganymi dla podmiotów trzecich dokumentami podmiotowymi.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że o ocenie ofert został poinformowany faksem w dniu 17 września 2014 r., stąd termin na złożenie niniejszego odwołania został dochowany. Podniesiono jednocześnie, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Oferta Odwołującego wg. podanych kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą. Wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu z powodów nieuzasadnionych, które nie mają oparcia w przepisach prawa zamówień publicznych oraz są nieprawdziwe. Natomiast oferta wykonawcy EQUIPO została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odnosząc się szczegółowo do postawionych zarzutów Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

W zakresie zarzutu z pkt 1) Odwołania dotyczącego wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji:

Podniesione zostało, że Zamawiający upatruje nieprawdziwych informacji w podanych przez Odwołującego w ofercie kosztach eksploatacji instalacji, a konkretnie poprzez nieuwzględnienie w nich „kosztów załadunku i wyładunku odpadów oraz ich przerzucania w proponowanej instalacji”. W tym zakresie Zamawiający odwołuje się do wyjaśnień Odwołującego złożonych odnośnie kosztów eksploatacji instalacji w dniu 22.08.2014 r. Ponieważ zarówno Załącznik nr 3 do oferty „Koszty eksploatacji”, jak i wezwanie Zamawiającego z dnia 18.08.2014 r. i odpowiedź Odwołującego z dnia 22.08.2014

r. w tym zakresie, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadnienie tego zarzutu Odwołania nie ujawnia danych liczbowych (kosztu zużycia paliwa podanego w Załączniku nr 3, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami oceny ofert są: cena - 70%; koszty eksploatacji - 30%.

W pkt 8.2.2) Siwz podano, że „Koszt jednostkowy (wyrażony w zł/Mg/rok) należy wyliczyć, zgodnie z metodologią opisaną w załączniku nr 7 do SIWZ. Załącznik nr 7 do Siwz to jednak wzór wykazu osób. Zamawiający nie usunął tej nieścisłości w drodze modyfikacji Siwz. Jedynym fragmentem Siwz, który można uznać za „metodologię”, którą należało przyjąć do obliczania kosztów eksploatacyjnych, była legenda nad i pod tabelą wzoru Załącznika nr 3 do Siwz. Jeśli chodzi o koszty paliwa (bo to one zostały uznane przez Zamawiającego za nieprawdziwe informacje), to wzór Załącznika nr 3 do Siwz zawierał jedynie stwierdzenie: „kalkulacja kosztów eksploatacji instalacji biostabilizacji (proces biostabilizacji) o przepustowości 25 000 Mg/rok winna obejmować: koszty paliw - rocznie oraz w przeliczeniu na 1 Mg materiału wsadowego”.

W związku z tym Zamawiającemu zostało zadane w toku postępowania pytanie do treści SIWZ, w jaki sposób Zamawiający będzie weryfikował koszty eksploatacyjne podane w załączniku nr 3. W odpowiedzi udzielonej w dniu 03.07.2014 r. Zamawiający wyjaśnił to następująco: „Koszty eksploatacyjne będą weryfikowane na etapie oceny złożonych ofert na podstawie danych zawartych w załączniku nr 3 „Kalkulacja kosztów eksploatacji instalacji”. Dodatkowym elementem przy ocenie kosztów eksploatacyjnych będą dane zawarte w załączniku nr 4 „Wykaz wyposażenia i urządzeń z załączonymi kartami katalogowymi urządzeń”. Na podstawie w/w danych Zamawiający zweryfikuje i określi rzetelność wykazanych kosztów eksploatacyjnych. Równocześnie istnieje możliwość sprawdzenia kosztów eksploatacyjnych poprzez zadanie pytań użytkownikom funkcjonujących instalacji podanych w ofercie w załączniku nr 6 „Wykaz zrealizowanych instalacji””.

Odwołujący wskazał, że w ten właśnie sposób, opierając się na legendzie zawartej w załączniku nr 3 oraz przeliczając koszty paliwa zużywanego przez urządzenia oferowane w niniejszym postępowaniu, a opisane w załączniku nr 4 (tj. zwijarka do membran) - podał koszty zużycia paliwa przez oferowaną przez niego instalację, zgodnie z przedmiotem zamówienia wymaganym w SIWZ.

Pismem z dnia 18.08.2014 r. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia podanych w Załączniku nr 3 kosztów zużycia paliwa. Zamawiający zarzucił, że Odwołujący nie uwzględnił w tych kosztach zużycia paliwa przez ładowarkę, która posiada i użytkuje Zamawiający (a, służącą mu do kształtowania pryzm, przierzucania i załadunku odpadu. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający podał, że ładowarka, którą posiada i którą

jakoby należało uwzględnić w kosztach zużycia paliwa została wyprodukowana w 2012 r., a „zużycie paliwa przez w/w ładowarkę w ciągu 11 miesięcy 2013 r. wyniosło 15014”.

Odwołujący podkreślił, że nigdzie w specyfikacji Zamawiający nie wymagał uwzględnienia w kosztach eksploatacji kosztów zużycia posiadanej przez niego ładowarki, nie podał jej marki, roku produkcji ani zużycia paliwa. Żaden wykonawca (z wyjątkiem tego, który ewentualnie wszedł w posiadanie informacji nieujawnionych w trakcie postępowania), nie mógł mieć wiedzy na temat zużycia paliwa ładowarki posiadanej przez Zamawiającego. Argumentowano jednocześnie, że ładowarki kołowe mogą być różne i zużywać różną ilość paliwa. Zużycie paliwa zależy od typu i wielkości ładowarki. Z jednego zdania w Rozdziale II pkt III ppkt 1.1. SIWZ - *„Boksy napełniane będą ładowarką kołową do wysokości 3,0 m”* nie można uzyskać informacji na temat typu i wielkości ładowarki. Określenie kosztów zużycia paliwa nieokreślonej bliżej ładowarki byłoby obciążone dużym błędem. Tymczasem Zamawiający doskonale zna koszty paliwa zużywanego przez ładowarkę przez niego użytkowaną. Dał temu wyraz w wezwaniu do wyjaśnień. Stąd nie potrzebuje ich podawania przez wykonawcę w ofercie.

Podniesiono następnie, że w pkt 1.4 Rozdziału II SIWZ Zamawiający wymagał: *„Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia w ofercie kalkulacji kosztów eksploatacji instalacji biologicznego przetwarzania o przepustowości 25 000 Mg/rok będącej przedmiotem niniejszego postępowania (Zał. Nr 3)”*. Ładowarka nie była oferowana przez Odwołującego, gdyż nie wchodziła w zakres przedmiotu zamówienia. Gdyby była, koszt zużycia paliwa można byłoby łatwo obliczyć na podstawie kart katalogowych lub średniego zużycia u innych użytkowników instalacji, gdzie taka sama ładowarka była oferowana.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać uwzględnienia w kosztach eksploatacji kosztów zużycia paliwa przez ładowarkę Zamawiającego. Tym bardziej nie można mówić o złożeniu nieprawdziwych informacji przez Odwołującego. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Żadna z przesłanek tego przepisu nie zachodzi w niniejszej sytuacji.

Odwołujący odwołał się przy tym do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że przesłanka nieprawdziwych informacji jest spełniona wtedy, gdy po pierwsze wykonawca złożył informacje odbiegające od rzeczywistości (*Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości*) wyrok KIO 797/14 z dn. 08.05.2014 r.), a po drugie złożone intencjonalnie, w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd (*„Wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu*

wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego” - wyrok KIO 432/14 z dn. 21.03.2014 r.). Tymczasem Konsorcjum Instal Warszawa S.A. i EkoWodrol Sp. z o.o. złożyło prawdziwe informacje na temat kosztów zużycia paliwa przez urządzenia oferowane przez niego w ramach instalacji, a napędzane paliwem. Konsorcjum nigdy nie ukrywało, że koszty te nie obejmują ładowarki Zamawiającego. Celem podania takich, a nie innych informacji na temat kosztów zużycia paliwa było spełnienie wymagań Siwz i dostarczenie Zamawiającemu rzetelnych informacji, wynikających z kart katalogowych oferowanego sprzętu. Odwołujący jasno dał temu wyraz w wyjaśnieniach z dnia 22.08.2014 r.

W zakresie zarzutu z pkt 2) Odwołania dotyczącego wykluczenia z powodu niewykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia:

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale III Siwz pkt 5.1.a) postawił warunek wiedzy i doświadczenia:

- 1) „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, zrealizował dostawą polegającą na budowie lub rozbudowie dwóch instalacji do biologicznej stabilizacji odpadów działających nieprzerwanie przez okres min. 12 m-cy, z zastosowaniem technologii membranowej, w której membrana ma bezpośredni kontakt ze stabilizowanym materiałem i w których to produkt (stabilizat) uzyskał wymagania określone w § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. (Dz. U. 2012.1052), z czego minimum jedna instalacja winna posiadać wydajność min. 20000 Mg/rok i o wartości min. 4.000.000,00 PLN netto”.

albo alternatywnie

- 2) „dostawę (z montażem), w rozumieniu Prawa zamówień, obejmującą instalacje do biologicznej stabilizacji odpadów, która to spełnia powyższe wymagania Zamawiającego. Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował w/w dostawę wraz z montażem”.

Wskazano, że Odwołujący wybrał drugą opcję wykazując spełnianie warunku doświadczenia, gdyż wykazywało dostawę instalacji wraz z montażem.

Podniesiono następnie, że Zamawiający w Rozdziale III pkt 5.2.2) Siwz zażądał, na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia: Wykazu zrealizowanych instalacji według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.

- dokumentów potwierdzających, że w/w instalacje zostały wykonane należycie i prawidłowo ukończone (np.: poświadczenia, protokoły odbioru robót.

We wzorze załącznika nr 6 SIWZ Zamawiający powtórzył, że: „Wykonawca winien

załączyć dowody, potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, czy zostały wykonane zgodnie z zaoferowaną technologią oraz prawidłowo ukończone (poświadczenia lub referencje i protokoły odbioru)”.

Odwołujący podniósł, że jeśli chodzi o poz. nr 2 wykazu instalacji, to Odwołujący do oferty załączył protokół odbioru podpisany przez generalnego wykonawcę inwestycji - EQUIPO M. O. oraz podwykonawcę - dostawcę instalacji wraz z montażem - firmę Biodegma GmbH, która jest w niniejszym postępowaniu podmiotem udostępniającym Odwołującemu zasoby wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wypełnił więc żądanie z pkt III pkt 5.2.2) Siwz przedkładając jako dokument potwierdzający, że instalacja została wykonana należyście i prawidłowo ukończona - protokół odbioru.

Ponieważ instalacja wykazana przez Odwołującego pod poz. 2 jest dostawą wraz z montażem, korzystając z przepisu § 1 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Odwołujący przedstawił, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oświadczenie Biodegma GmbH oraz oświadczenie własne, potwierdzające należyta dostawę i montaż instalacji. Jednakże Zamawiający zupełnie zignorował te dokumenty, mimo że w piśmie przewodnim do uzupełnienia Odwołujący wyjaśnił uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze, z powodu których nie był w stanie uzyskać poświadczeń. Otóż firma EQUIPO M. O., która byłaby podmiotem właściwym do wydania poświadczenia (jako zlecający wykonanie instalacji generalny wykonawca), jest konkurentem w niniejszym postępowaniu, a zatem w nie jest w jej interesie wydanie takiego poświadczenia. Firma EQUIPO odmówiła wydania poświadczenia, mimo że sama wykazuje się na potrzeby spełnienia warunku właśnie instalacją do biologicznej stabilizacji odpadów wykonaną przez Biodegma GmbH w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. W wydanym w dniu 09.09.2014 r. „poświadczeniu” EQUIPO stwierdziła nienależyte wykonanie całości umowy, jakoby z powodu nieobycia wszystkich zaplanowanych wizyt serwisowych. Nie ma to nic wspólnego z prawidłowym wykonaniem dostawy i montażu samej instalacji do tlenowej stabilizacji odpadów w technologii membranowej. Stwierdzenie to padło tylko dlatego, aby przeszkodzić/zablokować firmie Biodegma GmbH w możliwości wykazywania się tą instalacją dla wykazania swego doświadczenia. W tym przypadku można mówić nie tylko o złej woli EQUIPO, ale wręcz o popełnieniu przez tę firmę czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnieniu dostępu do rynku.

Odwołujący wskazał, że również Miejskie Przedsiębiorstw Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. w piśmie z dnia 10.09.2014 r. odmówiło firmie Biodegma GmbH wystawienia poświadczenia powołując się na to, iż Przedsiębiorstwo zawarło umowę z firmą EQUIPO M. O. i tylko tej firmie może wystawić referencje. Z treści odpowiedzi wynika jednak, że MPO w m.st. Warszawie potwierdza udział firmy Biodegma jako dostawcy

instalacji.

Podniesiono także, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 22.08.2014 r. wskazywał, że w złożonej w niniejszym postępowaniu ofercie firmy EQUIPO M. O., na str. 58 znajdują się referencje wydane przez MPO w m.st. Warszawa Sp. z o.o., a dotyczące instalacji wymienionej pod poz. nr 2 w wykazie instalacji konsorcjum Instal Warszawa S.A. oraz Eko Wodrol Sp. z o.o., oraz protokoły odbioru inwestycji realizowanej dla MPO w Warszawie (str. 61-62 oferty EQUIPO). Do wyjaśnień z 22.08.2014 r. zostały załączone kopie tych stron oferty EQUIPO. Z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający uznał to za postępowanie nieuczciwe (!) i uczynił podstawą uzasadnienia dla wykluczenia Odwołującego z powodu niewykazania spełnienia warunku doświadczenia. W ocenie Odwołującego świadczy to o naruszającym uczciwą konkurencję sprzyjaniu Wykonawcy EQUIPO oraz o rażąco nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie może bowiem tak być, że Zamawiający uznaje jedną i tę samą inwestycję (wykonanie instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów dla MPO w m.st. Warszawie) raz za prawidłowo wykonaną i wykazaną (w ofercie EQUIPO), a raz za nieprawidłowo wykazaną (w ofercie Odwołującego). Istotą postawionego warunku była dostawa i montaż instalacji w technologii membranowej. Samo wykonanie robót towarzyszących nie wymaga specyficznego doświadczenia i produktu (membrany). Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający faworyzuje wykonawcę (EQUIPO) kosztem faktycznego wykonawcy dostaw i montażu przedmiotowej referencji instalacji (Biodegma). Takie postępowanie jest niedopuszczalne i świadczy o naruszeniu podstawowych zasad zamówień publicznych: uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu z pkt 3 i 4) Odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty firmy EQUIPO M. O., ewentualnie nieprawidłowej oceny oferty w kryterium koszty eksploatacji:

Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 3 „Koszty eksploatacyjne” w ofercie wykonawcy EQUIPO M. O. podano koszty zużycia energii elektrycznej na poziomie 73.000 kWh/rok. Przy tym poziomie zużycia energii, nie jest możliwe odpowiednie napowietrzenie pryzm, dające osiągnięcie efektu ekologicznego instalacji tj. osiągnięcie parametrów zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. 2012 r. poz. 1052). Dlatego oferta tego wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Siwz z rozdziału III pkt 1.1, zgodnie z którym *„Zamawiający wymaga, aby instalacja biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych zmieszanych spełniała warunki stawiane przez Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 września 2012 r. w sprawie mechaniczno -*

biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz szczegółowe wymagania określone w niniejszym opisie przedmiotu zamówienia (Oświadczenie Zał. Nr 1)”.

Ewentualnie w ofercie EQUIPO znacznie zaniżono koszty zużycia energii elektrycznej. Stąd punktacja przyznana wykonawcy EQUIPO w kryterium koszty eksploatacyjne jest nieprawidłowa. EQUIPO otrzymało za dużo punktów w tym kryterium.

Skoro wykonawca EQUIPO przewidział 10 pyzm (jest to postępowanie typu zaprojektuj i wybuduj), a zgodnie z pkt 1.1 Siwz „*Dla prawidłowego przebiegu procesu napowietrzania dla każdej przyzmy należy zaprojektować wentylator*”, to instalacja EQUIPO będzie wyposażona w 10 wentylatorów. Zgodnie z załączonymi do oferty kartami katalogowymi, EQUIPO oferuje wentylatory o mocy 4 kW. Mając na uwadze fakt, iż przyzmy muszą być napowietrzane przez wiele godzin w ciągu każdej doby, przy podanym przez EQUIPO zużyciu energii elektrycznej przez wentylatory tj. 73.000 kWh/rok, pracowałyby one przez czas niewystarczający dla zapewnienia wymaganego efektu. Zadaniem wentylatorów jest włączanie powietrza do przyzm. Wentylatory dostarczają tlen dla prawidłowego funkcjonowania mikroorganizmów odpowiedzialnych za rozkład substancji organicznej w odpadach. W instalacji do stabilizacji tlenowej jest to istotne zadanie. Jeżeli przyzmy nie zostaną odpowiednio napowietrzane, nie zostanie osiągnięty wymagany efekt ekologiczny.

Jednocześnie podniesiono, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z powodu jakoby podania nieprawdziwych informacji polegających na zaniżeniu kosztów eksploatacji tj. zużycia paliwa. Natomiast nawet nie wezwał do wyjaśnień kosztów zużycia energii elektrycznej podanych przez wykonawcę EQUIPO, mimo oczywistego ich zaniżenia.

W zakresie zarzutu z pkt 5 i 6) Odwołania dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy EQUIPO M. O., ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów:

Odwołujący argumentował, że w wykazie osób (str. 74-77 oferty) wykonawca EQUIPO pod poz. 6 wymienił Pana D. L., w opisie jego doświadczenia wskazując, że jest to „*obecnie Dyrektor/ projektant technolog w firmie SOLVEX Kft*”. Na str. 86 oferty zamieścił zobowiązanie samego Pana D. L. do udostępnienia własnej osoby „*do dyspozycji Wykonawcy*”. Obok jego podpisu widnieje pieczęć firmy SOLVEX Kft („kft” na Węgrzech oznacza spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością).

Podobnie, w wykazie osób pod poz. 10 wymieniono dr L. A., obok którego podpisu, w zobowiązaniu tej osoby do udostępnienia samego siebie (str. 87 oferty) widnieje pieczęć spółki Proficomp Komyezettechnika Zrt („zrt” na Węgrzech oznacza spółkę akcyjną o zamkniętym akcjonariacie).

Odwołujący stwierdził, że ujawnienie nazw spółek przy nazwiskach osób, wymienionych pod poz. 6 i 10 w wykazie osób, oraz samo stwierdzenie w opisie doświadczenia Pana D. L. oznacza, że to spółki SOLVEX Kft oraz Proficomp

Komyzettechnika Zrt są pracodawcami tych osób, które nie występują tam jako osoby prywatne, lecz pracownicy. Zwłaszcza że, jak wynika z Załącznika nr 4 - Wykaz wyposażenia i urządzeń (str. 16 oferty EQUIPO) oraz kart katalogowych załączonych do oferty, firmy z grupy kapitałowej Proficomp są dostawcą technologii, którą EQUIPO oferuje w tym postępowaniu. Pan D. L. jest zaś wskazywany na stanowisko Projektanta technologa, a dr L. A. na stanowisko technologa.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że w ofercie EQUIPO brak zobowiązań: spółki SOLVEX Kft do udostępnienia Pana D. L. oraz spółki Proficomp Komyzettechnika Zrt do udostępnienia Pana L. A. . Co więcej brak również dokumentów i oświadczeń wymaganych od podmiotów udostępniających zasoby tj. zgodnie pkt 5.5 ppkt II instrukcji dla wykonawców, dokumentów i oświadczeń wymienionych w pkt 5.5 lit. a i b IDW.

Konkludując Odwołujący stwierdził, że wobec powyższego, istnieje przesłanka do wykluczenia wykonawcy EQUIPO M. O. z powodu niewykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ewentualnie wezwania do uzupełnienia w tym zakresie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca EQUIPO M. O. . Strony nie wniosły w tym zakresie opozycji, a Izba stwierdziła skuteczność dokonanego zgłoszenia i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź, w której wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że Odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia ponieważ na skutek tego, że nieskutecznie przedłużył termin związania ofertą, nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w postępowaniu. Wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą wpłynął do Zamawiającego faksem w dniu 19 września 2014 r., tj. na dzień przed upływem terminu związania ofertą, tj. 20.09.2014 r., jednak wniosek Odwołującego nie zawierał informacji o przedłużeniu terminu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wykonawca nie wyraził woli przedłużenia ważności wadium. Jednocześnie, wskazał, że zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wadium Odwołującego straciło zaś ważność w dniu 23 września 2014 r. Odwołanie zostało natomiast wniesione w dniu 26 września 2014 r., a więc w chwili w której Odwołujący nie był już uczestnikiem postępowania i nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przyjęty przez Zamawiającego Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (SIWZ – Rozdział III „Instrukcja dla wykonawców” pkt 8), tj. cena brutto – 70% i koszty jednostkowe (zł/Mg) eksploatacji instalacji – 30%, przy uwzględnieniu ceny i kosztu jednostkowego eksploatacji instalacji podanych w ofercie Odwołującego oraz liczby punktów, która mogłaby zostać przyznana tej ofercie, zgodnie ze wzorem przyjętym przez Zamawiającego, wskazuje że oferta Odwołującego – w sytuacji, gdyby nie został on wykluczony – byłaby ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji, zarzucone Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp może powodować naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę z tego tytułu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie, w ocenie Izby potwierdziły się jedynie zarzuty odnoszące się do wykluczenia Odwołującego, co jednak było wystarczające do uwzględnienia odwołania, gdyż wykluczenie wykonawcy, którego oferta mogłaby uzyskać największą liczbę punktów stanowi o naruszeniu przepisów, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym spełniona została przesłanka z art. 192 ust. 2 Pzp.

Na wstępie należy wskazać, że Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, odnoszącego się do braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia, opartego na tezie o nieskutecznym przedłużeniu terminu związania ofertę wobec braku jednoczesnego przedłużenia terminu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jak wynika z akt sprawy, Odwołujący w pierwotnym terminie związania ofertą, w piśmie z dnia 19 września 2014 r., oświadczył, że na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp przedłuży termin związania ofertą o kolejne 60 dni. Jednocześnie, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty datowane jest na 16 września 2014 r. W tych okolicznościach brak przedłużenia terminu ważności wadium przy oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą nie może uzasadniać wniosku, iż Odwołujący utracił status wykonawcy, a tym samym nie cechuje go przesłanka w postaci posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Należy przede wszystkim zauważyć, że zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub

unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Zamawiający w swoim stanowisku, opierając się na art. 85 ust. 4 Pzp, pominął jednocześnie zdanie drugie tego przepisu, zgodnie z którym, jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej (tak jak w okolicznościach przedmiotowej sprawy), obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W świetle tego przepisu nie można czynić Odwołującemu zarzutu braku przedłużenia terminu ważności wadium i wywodzić z tego wniosek o nieskuteczności oferty. Odwołujący nie utracił statusu wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, a tym samym nie zaistniały podstawy do oddalenia odwołania ze względu na brak legitymacji materialnej. Podniesione w odwołaniu zarzuty podlegały zaś merytorycznemu rozpoznaniu.

W zakresie ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania należy wskazać, że:

Przedmiotem zamówienia jest budowa instalacji do biologicznego, tlenowego przetwarzania frakcji biodegradowalnej wytworzonej z odpadów komunalnych zmieszanych o przepustowości 25 000 Mg/rok.

W Opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający w ramach Opisu technologicznego (SIWZ – Rozdział II pkt 1.1.) wskazał, że *„wymaga zastosowania technologii opartej na zastosowaniu membran. Proces stabilizacji musi przebiegać w systemie zamkniętym. Odpady poddawane procesowi stabilizacji będą gromadzone w przyzmach. Pryzmy będą ograniczone z trzech stron ścianami żelbetowymi. Wymiary powstałych boksów i ilość boksów należy zaprojektować tak aby wydajność instalacji wyniosła 25 000 Mg/rok oraz zmieściła się na terenie o powierzchni 0,8 ha wraz z drogami i placami manewrowymi. W ramach w/w wymienionej powierzchni należy zaprojektować plac przewidziany do przesiewania powstałego stabilizatu. Wysokość ściany tylnej zgodna z wymogami technologicznymi. Wysokość ścian bocznych należy dobrać w wielkości umożliwiającej swobodne, nie męczące rozwijanie, zwijanie i kotwienie membran bez użycia drabin, rusztowań, podestów itp. jednak nie niższe niż 1,50 m. Odpady umieszczone w boksie zostaną przykryte membraną tak aby membrana przylegała bezpośrednio do odpadów.*

Dla prawidłowego przebiegu procesu stabilizacji należy zapewnić napowietrzanie przyzmy po przez kanały napowietrzające umieszczone w płycie dennej boksu. Ilość kanałów zgodna z wymogami technologicznymi. Kanały napowietrzające powinny również spełniać funkcję kanałów do odprowadzania odcieków powstających w trakcie procesu stabilizacji. Ocieki należy odprowadzić do istniejącego zbiornika retencyjnego. Dla prawidłowego przebiegu procesu napowietrzania dla każdej przyzmy należy zaprojektować wentylator.

Głównym elementem procesu jest membrana, która powinna zapewnić odpowiedni mikroklimat przez cały czas trwania procesu stabilizacji przez utrzymanie żądanych warunków stabilizacji. Membrana powinna składać się z trzech warstw. Zewnętrzna warstwa wykonana w 100% z PES odporna na rozrywanie i promieniowanie UV. Środkowa warstwa winna posiadać mikroporowatość pozwalającą przepuszczać powietrze oraz parę wodną, jednocześnie będąc wodoodporną membraną ePTFE. Trzecia warstwa winna być powłoką aktywną pełniącą funkcje ochronne wykonana z PES. Zamawiający żąda spełnienia przez membranę poniższych parametrów, co musi być udokumentowane badaniami laboratoryjnymi, przeprowadzone przez laboratorium akredytowane. Wyniki badań muszą być dołączone do oferty.

- masa na jednostkę powierzchni 450 - 490 g/m² zgodnie z normą EN 12127;1997
- przepuszczalność pary wodnej < 19,5 m²Pa/W zgodnie z normą EN 31092; 1993
- wytrzymałość na rozerwanie > 5000 N zgodnie z normą ISO 3303;1990 Method A
- przepuszczalność powietrza 2 – 6 m³/m²*h przy ciśnieniu 200 Pa zgodnie z normą EN ISO 9237;1995

- odporność na przenikanie środków chemicznych

- NaOH 40%
- HNO₃ 65%
- HCl 32%
- H₂SO₄ 24%

Brak przenikania przez min 120 min. Zgodnie z normą DIN 32783

- odporność na przenikanie wody >50000 Pa zgodnie z normą EN 20811;1992 (ISO 811) zwiększanie ciśnienia wody: 6 000 Pa/min.

Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających skuteczność oczyszczania powietrza przez membranę opracowanych przez niezależną instytucję.

Boksy napełniane będą ładowarką kołową do wysokości 3,0 m. Instalacja musi być wyposażona w urządzenie mechaniczne z własnym napędem (elektrycznym lub spalinowym) do odwijania i zwijania membrany. W celu zapewnienia całkowitej higienizacji materiału stabilizowanego należy wykonać system sterowania procesu.

Szafa sterownicza powinny znajdować się przy każdym boksie.

Instalacja do tlenowej stabilizacji powinna osiągnąć oczekiwaną wydajność przy założeniu, że proces będzie prowadzony dwuetapowo:

- czas trwania fazy intensywnej stabilizacji pod membraną maksymalnie 5 tygodni
- czas trwania fazy dojrzewania pod membraną maksymalnie 5 tygodni.

Technologia musi być dostosowana do przetwarzania frakcji biodegradowalnej wytworzonej z odpadów komunalnych zmieszanych zgromadzonych na terenie

Regionalnego Zakładu Odzysku Odpadów w Sianowie. Jeżeli do zaprojektowania instalacji technologicznej wymagane są badania laboratoryjne frakcji biodegradowalnej (0 –80 mm) i odcieków powstałych w trakcie procesu biostabilizacji to koszty i wykonanie ich leżą po stronie Wykonawcy.

Zamawiający wymaga, aby instalacja biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych zmieszanych spełniała warunki stawiane przez Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 września 2012 r. w sprawie mechaniczno – biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz szczegółowe wymagania określone w niniejszym opisie przedmiotu zamówienia.(Oświadczenie Zał. Nr 1)

Zamawiający wymaga, aby zgodnie z zapisami zawartymi w Krajowym Planie Gospodarki Odpadami, przy budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów zastosowano sprawdzone i wielokrotnie stosowane w różnych warunkach rozwiązania technologiczne spełniające wymagania BAT.(Oświadczenie Zał. Nr 2)

Zamawiający wymaga, aby wykonana instalacja spełniała wszelkie wymogi prawne, w zakresie gospodarki odpadami i biologicznego przetwarzania odpadów, na dzień zakończenia rozruchu technologicznego”.

W ramach Opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1.3. Projekt techniczny i wykonanie robót), Zamawiający określił, że: „wymaga wykonania projektu technologicznego, projektu technicznego budowlanego i wykonawczego wielobranżowego oraz uzyskanie pozwolenia na budowę. Wykonawca przekaże Zamawiającemu jeden komplet dokumentacji.

Zamawiający dysponuje działkami nr 103 i 104 w obrębie ewidencyjnym nr 4 w Sianowie na terenie RZOO o powierzchni około 0,8 ha. Wymagana wydajność projektowanej instalacji to przepustowość 25 000 Mg/rok.

Zamawiający przekaże Wykonawcy badania geologiczne, mapę syt –wys. do celów projektowych w skali 1:500.

Do Wykonawcy będzie należało uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, decyzji lokalizacyjnej celu publicznego, warunków technicznych wykonania niezbędnych przyłączy, uzyskanie wszelkich uzgodnień i decyzji wymaganych do uzyskania pozwolenia na budowę. Może wystąpić konieczność uzyskania zgody na wycinkę drzew. W ofercie należy podać koszt realizacji zadania bez kosztów wycinki drzew. Ewentualne koszty wycinki poniesie Zamawiający oddzielnie.

Ściany boczne i tylne oraz ich posadowienie należy zaprojektować tak aby istniała możliwość nadbudowy ścian do wysokości 5,0 m i wykonania zadaszenia w konstrukcji stalowej.

Przed złożeniem wniosku o uzyskanie pozwolenia na budowę projekt musi być zatwierdzony przez Zamawiającego.

Przed przystąpieniem do wykonania projektu konieczna jest wizja lokalna.

Beton użyty do wykonania ścian, płyty dennej boksów, kanałów, dróg i placów manewrowych musi być odporny na agresywne środowisko wytworzone przez odpady i odcieki z odpadów.

Płyta denna boksów, drogi i place należy zaprojektować zakładając obciążenie pojazdem o ciężarze całkowitym 25 Mg.

Na terenie RZOO znajduje się trafostacja o mocy 400 kW (rezerwa mocy około 150 kW), kanalizacja odcieków i zbiornik retencyjny odcieków oraz instalacja wodociągowa. W ramach projektu należy wykonać kosztorys inwestorski, warunki techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Zamawiający dopuszcza wykonanie części zadania przez podwykonawców. Podwykonawcom może być powierzona realizacja projektu i robót budowlanych wielobranżowych. W związku z powyższym w ofercie należy podać oferowany koszt realizacji zadania z rozbiem na niżej wymienione elementy:

- projekt techniczny,*
- roboty budowlane wielobranżowe,*
- dostawa i montaż instalacji technologicznej”.*

Zgodnie z Wymaganiami uzupełniającymi (SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.4.) wykonawca został zobowiązany m.in. do:

„- przedłożenia w ofercie kalkulacji kosztów eksploatacji instalacji biologicznego przetwarzania o przepustowości 25 000 Mg/rok będącej przedmiotem niniejszego postępowania (Załącznik nr 3);

- załączenia do oferty wykazu proponowanego wyposażenia i urządzeń objętych przedmiotem zamówienia oraz Karty Katalogowe Urządzeń. Wykaz winien zostać sporządzony na formularzu stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ.”

W Załączniku nr 3 – Kalkulacja kosztów eksploatacji instalacji – Zamawiający wskazał, że kalkulacja powinna obejmować:

- 1. „koszty energii elektrycznej – rocznie oraz w przeliczeniu na 1 Mg materiału wsadowego*
- 2. koszty paliw – rocznie oraz w przeliczeniu na 1 Mg materiału wsadowego*
- 3. koszty przeglądów i konserwacji – rocznie oraz w przeliczeniu na 1 Mg materiału wsadowego, na podstawie kosztów 10letnich (zgodnie z harmonogramem przeglądów i konserwacji)”.*

W Załączniku nr 4 – Wykaz Wyposażenia i urządzeń z załączonymi Kartami Katalogowymi Urządzeń – Zamawiający wymagał podania w formie tabelarycznej wykazu urządzeń, w tym m.in. ich nazw, typu i producenta.

W Opisie sposobu przygotowania oferty (SIWZ – Rozdział III Instrukcja dla wykonawców, pkt 6) Zamawiający wskazał, że ofertę stanowi Formularz ofertowy wraz z Kalkulacją kosztów eksploatacji instalacji (Załącznik nr 3) i Wykazem Wyposażenia i Urządzeń z załączonymi Kartami Katalogowymi Urządzeń (Załącznik nr 4), oraz oświadczeniem, że Wykonawca gwarantuje dostawę membran, będących elementem w/w instalacji, o parametrach i wymaganiach podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub równorzędnych przez okres 15 lat licząc od daty odbioru instalacji oraz że przy wymianie membrany zobowiązuje się do utylizacji zużytej membrany na koszt własny – zgodnie z zał. nr 9, i potwierdzeniem spełnienia warunków podanych w pkt. III 1.1 Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia dotyczących oferowanej membrany - zgodnie z zał. nr 10.

W Opisie sposobu obliczenia ceny (SIWZ – Rozdział III Instrukcja dla wykonawców, pkt 7), Zamawiający wskazał, że cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia i cena podana w ofercie będzie wiążąca, stała i niezmienna przez cały okres realizacji zamówienia.

Zgodnie z Opiszem kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (SIWZ – Rozdział III Instrukcja dla wykonawców, pkt 8), Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie się kierował następującymi kryteriami:

- 1) cena (brutto) 70%
- 2) koszty jednostkowe (zł/Mg) eksploatacji instalacji – 30%.

Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że koszt jednostkowy (wyrażony w zł/Mg/rok) należy wyliczyć, zgodnie z metodologią opisaną w Załączniku nr 7 do SIWZ. Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ stanowi on jednak Wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia.

Pismem z dnia 3 lipca 2014 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dotyczące wyjaśnienia, jak będą weryfikowane koszty eksploatacyjne podane w Załączniku nr 3, Zamawiający wskazał, że *„Koszty eksploatacyjne będą weryfikowane na etapie złożonych ofert na podstawie danych zawartych w załączniku nr 3 „Kalkulacja kosztów eksploatacji instalacji”. Dodatkowym elementem przy ocenie kosztów eksploatacyjnych będą dane*

zawarte w załączniku nr 4 „Wykaz wyposażenia i urządzeń z załączonymi kartami katalogowymi”. Na podstawie w/w danych Zamawiający zweryfikuje i określi rzetelność wykazanych kosztów eksploatacyjnych. Równocześnie istnieje możliwość sprawdzenia kosztów eksploatacyjnych poprzez zadanie pytań użytkownikom funkcjonujących instalacji podanych w ofercie w załączniku nr 6 „Wykaz zrealizowanych instalacji”. W przypadku stwierdzenia próby zaniżenia kosztów eksploatacyjnych przez oferenta, zostanie wszczęte postępowanie zgodnie z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące zapisu w Załączniku nr 3 do SIWZ – kalkulacja kosztów eksploatacyjnych instalacji w elemencie kalkulacji – koszty paliwa. Zamawiający zakwestionował podane zużycie paliwa na rok, jako znacząco zaniżone. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że w pkt. 1.1. „Opis technologiczny” określił, sposób napełniania i opróżniania boksów, cyt. „Boksy napełnianie będą ładowarką kołową do wysokości 3,0 m”. Podniesiono przy tym, że odpad podlegający stabilizacji musi być przerzucany, co wynika z zapisu § 4 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Zamawiający stwierdził, że w świetle między innymi powyższych wymogów należało skalkulować ilość zużytego paliwa. Jednocześnie podano, że Zamawiający posiada ładowarkę (rok produkcji 2012), którą użytkuje na kompostowni otwartej do kształtowania przyzm, przerzucania i załadunku na środki transportu do wywozu stabilizatu. Zużycie paliwa przez w/w ładowarkę w ciągu 11 miesięcy 2013 r. wyniosło 15014 l. Zamawiający wskazał Odwołującemu, że podane w jego ofercie zużycie paliwa diametralnie odbiega od zużycia paliwa wynikającego z doświadczenia Zamawiającego. Zastrzeżono jednocześnie, że podane w załączniku nr 3 koszty eksploatacji instalacji nie podlegają korekcie, ponieważ kalkulacja kosztów eksploatacji jest jednym z kryteriów oceny ofert.

Odwołujący w odpowiedzi z dnia 22 sierpnia 2014 r., w odniesieniu do kwestionowanych kosztów zużycia paliwa, podniósł że ani w Instrukcji dla wykonawców, ani w komentarzu do załącznika nr 3, czy też w wyjaśnieniach SIWZ, Zamawiający nie określił, co ma być składową pozycją „koszty paliwa”. Dodatkowo, Zamawiający nie określił w SIWZ, że ładowarka kołowa lub też samo ponoszenie kosztów jej eksploatacji, wchodzi w zakres zamówienia. W związku z powyższym nie mógł oczekiwać obliczenia zużycia paliwa w/w urządzenia. Wskazano jednocześnie, że w kalkulacji kosztów przyjęto zużycie urządzeń oferowanych przez oferenta, wymienionych w załączniku nr 4 i to tylko tych, które zużywają paliwa, tj. w rozpatrywanym przypadku zwiłarki do membran. Odwołujący podniósł ponadto,

że sposób jego kalkulacji był zgodny z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 3 lipca 2014 r. Podkreślono także, że z uwagi na to, że ani w załączniku nr 3, ani w załączniku nr 4 nie wskazano ładowarki, która nie jest objęta przedmiotem zamówienia, to doliczenie do kosztów eksploatacyjnych kosztów paliwa ładowarki, stanowiłoby o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto, skoro ładowarka nie wchodzi w zakres dostaw, to określenie jej kosztów eksploatacyjnych byłoby obarczone dużym błędem. Zużycie paliwa zależy od typu i wielkości ładowarki. Odwołujący wskazał także, że z jednego zdania w Rozdziale II pkt III pkt 1.1. – „Boksy napełniane będą ładowarką kołową do wysokości 3,0 m” – nie można uzyskać informacji na temat typu i wielkości ładowarki, a zatem nie można podać kosztów zużycia paliwa. Wyjaśniono przy tym, że podany w załączniku nr 3 koszt zużycia paliwa stanowi iloczyn zużycia godzinowego zwijarki i godzin pracy zwijarki w roku.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający podał, że nie uznaje wyjaśnień złożonych w powyższym zakresie, ponieważ to wykonawca ma określić wyposażenie, urządzenia i sprzęt, jakie są niezbędne do funkcjonowania instalacji proponowanej przez niego. Wszystkie w/w dane są jednym z elementów projektu technologicznego, który jest częścią przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał ponadto, że z wyjaśnień wykonawcy wynika, że Odwołujący dokonał kalkulacji kosztów eksploatacji bez wsadu nie uwzględniając kosztów załadunku i wyładunku odpadów oraz ich przerzucania w proponowanej instalacji. Tak sporządzona kalkulacja nie przedstawia dla Zamawiającego żadnej wartości i nie może być brana pod uwagę przy ocenie ofert.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że nie uznaje wyjaśnień Odwołującego i wyklucza go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, ponieważ koszty eksploatacyjne stanowią kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, a znacznie zaniżony koszt eksploatacyjny spowodowałby przyznanie największej liczby punktów w stosunku do innych złożonych ofert.

W ocenie Izby, powyższe działanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnionych podstaw, zarówno faktycznych, jak i prawnych. Izba w pełni podzieliła wywody i argumentację prawną podniesioną w tym zakresie w treści odwołania. W rozpatrywanym postępowaniu nie zaistniały bowiem żadne przesłanki do przypisania Odwołującemu czynu polegającego na złożeniu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że działanie Odwołującego nie cechowały znamiona zarówno o charakterze podmiotowym, jak i przedmiotowym charakterystyczne dla czynu w postaci złożenia nieprawdziwych informacji.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa (przykładowo wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 552/14). Ponadto, nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości.

Żadnego z powyższych znamion nie można przypisać działaniu Odwołującego, w tym w szczególności, co do przyjętego sposobu kalkulacji kosztów eksploatacji instalacji w części dotyczącej kosztów paliwa. Trafnie argumentował Odwołujący w odwołaniu oraz w toku rozprawy, że nie można uznać intencjonalności i kierunkowego działania wobec wymogów, które nie wynikały z treści specyfikacji. Zasadnie podniesiono także, że nigdy zamiarem Odwołującego nie było wykazanie, że przedstawiona kalkulacja uwzględnia koszty paliwa ładowarki – gdyż wymogu takiego nie postawił Zamawiający. Okoliczności te podniósł Zamawiający wobec Odwołującego dopiero na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień, a więc już po złożeniu oferty. Skoro Odwołujący nie uwzględnił przy kalkulacji kosztów eksploatacji kosztów paliwa ładowarki (do czego miał uzasadnione podstawy), a o wymogu tym został poinformowany dopiero w treści wezwania, to nie można uznać, by na etapie składania ofert wykonawca ten mógł działać w zamiarze podania nieprawdziwych informacji (co, do których Zamawiający nie sprecyzował swoich wymogów). W konsekwencji informacjom podanym przez Odwołującego nie można w ogóle zarzucić niezgodności ze stanem faktycznym, gdyż przedstawiona kalkulacja odpowiada urządzeniom zaoferowanym w Załączniku nr 4 do SIWZ.

Same powyższe okoliczności uzasadniały krytyczną ocenę decyzji Zamawiającego i uczynienie podstawą wykluczenia Odwołującego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jednocześnie należy wskazać, że w ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzucił na Odwołującego konsekwencje wynikające z niedoskonałości przyjętych w SIWZ zapisów, która to okoliczność obciąża jednak Zamawiającego. Analiza treści specyfikacji potwierdza, że Zamawiający w żadnym miejscu nie sprecyzował, że w ramach kalkulacji kosztów eksploatacji instalacji należy uwzględnić koszt paliwa ładowarki. Zamawiający nie wskazał w tym zakresie także żadnych danych, które mogłoby służyć wykonawcom do dokonania tego rodzaju kalkulacji. W toku rozprawy Zamawiający nie przedstawił także rzeczowych argumentów, dlaczego w odniesieniu do eksploatacji ładowarki wykonawcy mieli kalkulować jedynie koszty paliwa (a nie inne, mogące być także uznane za koszty porównywalne). Dodatkowo, informacji tych Zamawiający nie wyartykułował także w ramach udzielanych wyjaśnień do treści SIWZ. Należało także podzielić argumentację Odwołującego, że nie jest wiadomym, na podstawie jakich bezpośrednio informacji Zamawiający przyjął, że Przystępujący uwzględnił eksploatację

ładowarki – w zakresie kosztów paliwa, podczas gdy urządzenie takie nie było oferowane, jako nie stanowiące przedmiotu zamówienia. Informacje te wynikają oczywiście pośrednio z treści oferty Przystępującego, jednak jest to kolejna okoliczność potwierdzająca wysoki stopień braku precyzji po stronie Zamawiającego. Ocena ta została bowiem oparta na pewnym założeniu, z góry przyjętej zależności – że skoro zużycie paliwa z oferty odpowiada własnym doświadczeniom Zamawiającego, to znaczy, że oferent skalkulował koszty paliwa ładowarki.

W ocenie Izby, Zamawiający powinien w tym zakresie dochować większej precyzji i staranności – tym bardziej, gdy koszt eksploatacji instalacji uczynił kryterium oceny ofert o wadze 30%. Powinno więc zostać wskazane wykonawcom szczegółowo, co i jak powinno zostać skalkulowane, tak by zachowana została równość w ubieganiu się o zamówienie, a także zagwarantowana porównywalność złożonych ofert. W konsekwencji, jeżeli Zamawiający uznał za istotne jedynie koszty paliwa ładowarki to powinien być do jasno wyrazić, a nie pozostawiać w sferze pewnych założeń i domysłów. Warto przytoczyć w tym miejscu pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2350/10, w którym wskazano, że *„Nieujawnione, czy niewystarczająco jasno wyartykułowane intencje zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”*.

Konsekwencje braku precyzji Zamawiającego nie mogą obciążać wykonawcy, a tym bardziej, w tym przypadku, nie można było zgodzić się na uznanie zasadności i trafności decyzji o przypisaniu Odwołującemu czynu polegającego na złożeniu nieprawdziwych informacji.

W odniesieniu do drugiej z podstaw wykluczenia Odwołującego, należy wskazać, że zgodnie z przyjętymi w SIWZ Warunkami udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny ich spełnienia (SIWZ – Rozdział III, pkt 5.1.a), o udzielenie zamówienia – w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia – mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że *„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, zrealizował dostawę polegającą na budowie lub rozbudowę co najmniej dwóch instalacji do biologicznej stabilizacji odpadów działających nieprzerwanie przez okres min. 12 m-cy, z zastosowaniem technologii membranowej, w której membrana ma bezpośredni kontakt ze stabilizowanym materiałem i w których to produkt (stabilizat) uzyskał wymagania określone w § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. (Dz.U.2012.1052), z czego minimum jedna instalacja winna posiadać wydajność min. 20 000 Mg/rok i o wartości min. 4.000.000,00 PLN netto*.

Zamawiający zaakceptuje także doświadczenie jeżeli przedmiotem zamówienia były dostawy (z montażem), w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, obejmujące instalacje do biologicznej stabilizacji odpadów, która to spełnia powyższe wymagania Zamawiającego. Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował w/w dostawę wraz z montażem”.

W Wykazie oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (SIWZ – Rozdział III pkt 5.2.2), Zamawiający wskazał, że spełnienie tego warunku nastąpi na podstawie złożonego przez wykonawcę „wykazu zrealizowanych instalacji według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ oraz dokumentów potwierdzających, że w/w instalacje zostały wykonane należyście i prawidłowo ukończone (np.: poświadczenia, protokoły odbioru robót)”.

W Załączniku nr 6 do SIWZ – Wykaz zrealizowanych instalacji – Zamawiający wskazał natomiast, że „Wykonawca winien załączyć dowody, potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, czy zostały wykonane zgodnie z zaoferowaną technologią oraz prawidłowo ukończone (poświadczenia lub referencje i protokoły obioru)”.

Odwołujący, w Załączniku nr 6 do SIWZ, jako drugą instalację wskazał instalację zrealizowaną na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. Odwołujący dołączył do oferty protokół odbioru podpisany przez generalnego wykonawcę tej inwestycji oraz podwykonawcę – dostawcę instalacji wraz z montażem – firmę Biodegma GmbH, która w niniejszym postępowaniu udostępniła Odwołującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego m.in. do dostarczenia poświadczenia lub referencji i protokołu odbioru podpisanego przez inwestora i wykonawcę zadania inwestycyjnego, z którym została zawarta umowa na realizację wskazanego powyżej zadania. Wskazano jednocześnie, że załączone protokoły spisane pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą robót nie spełniają wymagań Zamawiającego.

W odpowiedzi, pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r., Odwołujący wskazał na wstępie, że zgodnie z opinią Prezesa UZP z marca 2013 r., pt. „Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp”, przez „poświadczenie” należy rozumieć dokument potwierdzający określone fakty lub wiedzę wystawcy, którego wystawcą nie jest wykonawca. Poświadczeniem będą zatem zarówno dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane lub wykonywane (w przypadku dostaw lub usług), np. referencje, jak i dokumenty wystawione przez inny podmiot, który posiada kompetencje, by poświadczyć określone fakty. W odniesieniu do pkt

2 wykazu instalacji, Odwołujący wyjaśnił następnie, że przekładając protokoły podpisane przez generalnego wykonawcę oraz podwykonawcę, który to podwykonawca jest w tym postępowaniu podmiotem udostępniającym zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, został wypełniony wymóg z pkt III pkt 5.2.2) SIWZ. Wskazano, że wykonawca przedłożył już dokument potwierdzający, że instalacja została wykonana należycie i prawidłowo ukończona – protokół odbioru. Podniesiono także, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby był to protokół odbioru sporządzony pomiędzy inwestorem a generalnym wykonawcą, gdyż takiego wymogu nie postawił w treści SIWZ. Ponadto wskazano, że żadne z obowiązujących przepisów nie ograniczają możliwości powoływania się na doświadczenie z ograniczeniem do doświadczenia uzyskanego, jako generalny wykonawca. Skoro doświadczenie podwykonawcy w wykonaniu danych prac obejmuje zakres wystarczający do wykazania spełnienia warunku udziału (czego Zamawiający nie zakwestionował) to należy je uwzględnić, jako prawidłowe.

Jednocześnie, z ostrożności Odwołujący przedstawił oświadczenie podwykonawcy oraz oświadczenie własne, potwierdzające należyte wykonanie instalacji wymienione w poz. 2 Wykazu.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w ofercie Przystępującego (str. 58) znajdują się referencje wydane przez MPO w m.st. Warszawie Sp. z o.o., dotyczące instalacji wymienione w poz. nr 2 Wykazu. Odwołujący przedłożył przy tym zdjęcia protokołów odbioru tej inwestycji, z oferty Przystępującego, uzasadniając jednocześnie swoje działanie tym, że Przystępujący byłby podmiotem właściwym do wydania poświadczenia, jednak jest on konkurentem w niniejszym postępowaniu, a zatem nie jest w jego interesie wydanie takiego poświadczenia. Podniesiono przy tym, że skoro jednak Przystępujący wykazuje na potwierdzenie spełniania warunku udziału tę samą inwestycję to nie można zaprzeczyć prawidłowości jej wykonania. Podkreślono, że podwykonawca (udostępniający w tym postępowaniu zasoby na rzecz Odwołującego) zwracał się do Przystępującego, jak i MPO w m.st. Warszawie Sp. z o.o. o wydanie poświadczenia dla tej inwestycji, jednak z uwagi na krótki termin na uzupełnienie dokumentów uzyskanie ich nie było możliwe, stąd wykonawca przedkłada oświadczenia własne i podwykonawcy. Wskazano także, że niedopuszczalnym byłoby w jednym postępowaniu uwzględnienie, jako prawidłowej tej samej instalacji dla jednego wykonawcy, a zanegowanie jej w ofercie drugiego wykonawcy.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający podał, że wykonawca nie wypełnił żądania zawartego w powyższym wezwaniu. Przesłał fotokopie dokumentów z oferty konkurencyjnej. Wskazano, że Odwołujący wszedł w posiadanie tych fotokopii w wyniku zgody Zamawiającego, a takie postępowanie jest postępowaniem, co najmniej nieuczciwym. Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, że oświadczenie, że podmiot

udostępniający zasoby Odwołującemu był podwykonawcą Przystępującego jest bezwartościowe. Takie oświadczenie powinno być bowiem wystawione przez inwestora, a nie przez wykonawcę.

W ocenie Izby, całościowa analiza sprawy, z uwzględnieniem dokumentów powołanych w treści odwołania, nie pozwala na uznanie, że ze względu na zakwestionowaną poz. nr 2 z Wykazu zrealizowanych instalacji, Zamawiający był uprawniony do wniosku, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie zaistniały w tym przypadku przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Należy na wstępie stwierdzić, że w uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający nie wyjaśnił w zasadzie, na jakiej podstawie nie uznał posiadania przez Odwołującego wymaganej wiedzy i doświadczenia, ograniczając się jedynie do kwestii o charakterze formalnym. Nie uzasadniono także w sposób rzeczowy powodów odmówienia znaczenia oświadczeniom złożonym przez Odwołującego, w szczególności nie podając w tym zakresie merytorycznych podstaw zajętego stanowiska, co do braku ich wartości.

Ponadto, słusznie podnosił Odwołujący, że na etapie oceny ofert Zamawiający rozszerzył *de facto* treść SIWZ, powołując się na wymóg dostarczenia protokołu odbioru podpisanego przez inwestora i wykonawcę zadania inwestycyjnego, podczas gdy w treści SIWZ oraz Załączniku nr 6 tego rodzaju uszczegółowienia brak.

Uznając zasadność zarzutów Odwołującego Izba uwzględniła w tym zakresie, że Odwołujący za pomocą dostępnych mu dokumentów starał się wykazać spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Całość posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym protokoły odbioru złożone przez Odwołującego, ale także referencje dotyczące tej samej inwestycji, na które wskazał Odwołujący, pozwalała na przyjęcie oceny, że warunek ten został spełniony przez Odwołującego. W działaniu Zamawiającego przeważał formalizm nad istotą wymogu, a więc ocenie, czy wykonawca faktycznie posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Między stronami nie było sporne, że inwestycja z poz. nr 2 wykazu to inwestycja wskazana także w ofercie Przystępującego. Poza sporem pozostawało także to, że podwykonawcą tej inwestycji był podmiot, z którego zasobów korzysta obecnie Odwołujący. Należy wskazać w tym miejscu, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, że nie ma podstaw do zakazywania wykonawcy wykazywaniem się doświadczeniem własnym lub cudzym, ale zdobytym w ramach podwykonawstwa (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt KIO 2394/13). W wyroku z dnia 22 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 172/10, wyrażony został pogląd, że „Jeśli przykładowo wykonawca był podwykonawcą

jakiejs firmy realizującej dostawę powyższe nie może dyskwalifikować tego, że dany wykonawca wykonał określoną dostawę o określonej wartości, a więc zdobył doświadczenie w tym zakresie”.

W niniejszej sprawie uznanie stanowiska Zamawiającego prowadziłyby do sytuacji, w której wobec jednego z wykonawców (posiadającego poświadczenia odpowiadające Zamawiającemu) zostałaby uwzględniona ww. inwestycja, a wobec drugiego wykonawcy (Odwołującego) ta sama inwestycja – przy braku wątpliwości, co do zakresu zadań podwykonawcy (udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby), jak również przy braku wątpliwości, co do prawidłowości wykonania tej inwestycji, a jedynie z uwagi nie przedłożenia Zamawiającemu protokołów podpisanych przez inwestora (czego Odwołujący nie mógł obiektywnie uzyskać w okolicznościach tej sprawy), przy jednoczesnym otrzymaniu innych protokołów odbioru (których dopuszczalności brzmienie SIWZ nie wyłączało) – nie zostałaby uznana, jako potwierdzająca spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Zaaprobowanie stanowiska Zamawiającego, w okolicznościach tej sprawy, prowadziłyby zdaniem Izby do wprowadzenia nieuzasadnionego zróżnicowania wykonawców w zakresie oceny posiadania przez nich wymaganej wiedzy i doświadczenia, i to zróżnicowania znajdującego swoje źródło jedynie w kwestiach formalnych – przy czym, jak wskazano literalnie brzmienie SIWZ nie wyłączało możliwości złożenia protokołów odbioru, takich jak te przedstawione przez Odwołującego.

Warto także wskazać, że w wyroku z dnia 5 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1776/13, Izba wskazała, że *„Inwestor może wystawić referencje także podwykonawcy, o ile posiada wiedzę co do faktu należytego wykonania przez niego odpowiedniej części zamówienia”.* W ocenie Izby, w niniejszej sprawie Odwołujący wykazał w sposób przekonujący, że z przyczyn o charakterze obiektywnym nie był w stanie uzyskać poświadczeń od inwestora zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu. W konsekwencji uprawniony był, niezależnie od złożonych protokołów, do skorzystania z możliwości przewidzianej w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231).

W odniesieniu do pozostałych zarzutów – skierowanych wobec oferty Przystępującego – Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia twierdzeń i żądań Odwołującego.

W zakresie zarzutów z pkt 3) i 4) odwołania, należy wskazać, że cena oferty Przystępującego wynosi brutto – 10.245.900,00 zł. Cena oferty Odwołującego wynosi natomiast 10.389.810,00 zł brutto.

Przystępujący w Załączniku nr 3 do oferty podał w odniesieniu do elementu kalkulacji – koszty energii elektrycznej następującą wielkość: 73 000 kilowatogodziny na rok.

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, by oferta Przystępującego w powyższym zakresie pozostawała niezgodna z treścią SIWZ. Jako bezpodstawny należało w konsekwencji uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W szczególności, Odwołujący nie przedłożył Izbie rzeczowych dowodów na wykazanie podnoszonej okoliczności, iż przy powyższym poziomie zużycia energii nie jest możliwe odpowiednie napowietrzenie pryzm, a tym samym nie jest możliwe osiągnięcie parametrów zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. 2012 r. poz. 1052). Wycieszenie złożone przez Odwołującego w toku rozprawy nie mogło zostać uznane za rzeczowy dowód o obiektywnych charakterze. Było to bardzo ogólne przedstawienie własnych wycieszeń Odwołującego, nie poparte żadną szczegółową argumentacją. Dodatkowo, wartość dowodową przedmiotowego wycieszenia skutecznie podważyły dowody przedłożone w tym zakresie przez Przystępującego.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania, by Zamawiający dopuścił się niewłaściwej oceny oferty Przystępującego. Nie doszło więc do wskazywanego przez Odwołującego naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp. Także w tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że w ofercie Przystępującego zostały znacznie zaniżone koszty zużycia energii elektrycznej. W istocie, Odwołujący ograniczył się w tej materii do prezentacji własnej, ogólnej oceny, która nie została jednak poparta dowodami i właściwą argumentacją. Należy w tym miejscu podkreślić, że udowodnienie powyższych okoliczności spoczywało na Odwołującym. Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodowego to Odwołujący, który wywodził z podnoszonych przez siebie twierdzeń określone skutki prawne obowiązany był do ich udowodnienia (art. 190 ust. 1 Pzp). Odwołujący nie sprostał jednak temu obowiązkowi.

W zakresie zarzutów z pkt 5) i 6) odwołania należy wskazać, że w ramach Warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, w odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (SIWZ – Rozdział III, pkt 5.1.b), Zamawiający określił, że wykonawca musi dysponować potencjałem kadrowym – własnym lub wyrażającym gotowość do współpracy, który będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, tj. m.in.:

„- projektant technolog w zakresie gospodarki i przetwarzania odpadów –jedna osoba posiadająca następujące kwalifikacje: wykształcenie wyższe techniczne; co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego jako projektant instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

- technolog – co najmniej 1 osoba posiadająca następujące kwalifikacje: wykształcenie techniczne z zakresu inżynierii środowiska lub inżynierii sanitarnej; co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, na stanowisku związanym z wykonywaniem lub nadzorowaniem wykonywania prac związanych z technologią ochrony środowiska w tym pełniła funkcję technologa rozruchu (lub czynność równoważne) na co najmniej 1 instalacji biologicznej stabilizacji odpadów o przepustowości min. 20.000 Mg/rok”.

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ pkt 5.2.3), „wykonawca musi dysponować potencjałem kadrowym – własnym lub wyrażającym gotowość do współpracy, który będzie uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia i będzie odpowiedzialny za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, dla stanowisk wymienionych w pkt 5.1.b).

Ocena spełnienia warunku nastąpi na podstawie złożonego przez wykonawcę:

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, potwierdzający posiadane kwalifikacje zawodowe, a także zakres wykonywanych czynności, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do niniejszej SIWZ
- oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, sporządzone według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ”.

Przystępujący w złożonej ofercie wskazał dla stanowiska Projektant technolog – Pana D. L. (poz. 6 Załącznika nr 7). W kolumnie dotyczącej „Informacji o podstawie do dysponowania osobą” podano: umowa. W poz. nr 10 Załącznika nr 7, dla stanowiska Technologa – wskazano Pana L. A. . W kolumnie dotyczącej „Informacji o podstawie do dysponowania osobą” podano: umowa.

Jednocześnie, Przystępujący dołączył wraz z ofertą oświadczenia ww. osób o oddaniu swoich zasobów Przystępującemu. Tożsame oświadczenia złożyły także pozostałe osoby wskazane w treści Wykazu.

W treści Formularza oferty Przystępujący nie podawał nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby powoływałby się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, za chybione należało uznać wywody i argumentację Odwołującego nakierowaną na wykazanie zaniechania wykluczenia wykonawcy EQUIPO M. O. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób lub zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających potencjał osobowy wraz z wymaganymi dla podmiotów trzecich dokumentami podmiotowymi.

Odwołujący oparł swoje zarzuty w zasadzie jedynie na okoliczności, iż na treści dodatkowo złożonych oświadczeń znalazły się pieczętki spółek węgierskich, co miało by oznaczać, że to te podmioty udostępniają swoje zasoby. Izba nie znalazła podstaw do podzielenia przedmiotowej oceny, która abstrahuje zarówno od samej treści tych oświadczeń, ale co najistotniejsze od treści oferty, jak i treści SIWZ.

W ocenie Izby, całościowa analiza oferty Przystępującego nie pozostawia wątpliwości, co do podstawy i charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z osobami zadeklarowanymi w ramach potencjału osobowego. Ani z oferty wykonawcy, ani z Wykazu osób nie wynika, by potencjał ten był udostępniany przez podmiot trzeci – tj. spółki, pracodawców ww. osób. Przystępujący w treści oferty w ogóle nie powoływał się na korzystanie z zasobów innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie w treści wykazu wyraźnie wskazano, że podstawą współpracy będzie wzajemna umowa, a nie udostępnienie przez podmiot trzeci.

Sama treść złożonych dodatkowo oświadczeń nie pozwala na wyciągnięcie wniosku, by były one składane nie w imieniu własnym, ale w imieniu spółek, i że to te spółki są podmiotami udostępniającymi. W treści przedmiotowych oświadczeń w żadnym miejscu nie widnieje zapis, który mógłby potwierdzać stanowisko prezentowane przez Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba uznała, że samo złożenie pieczętki przy podpisach ww. osób, nie stanowi okoliczności wystarczającej do powzięcia wątpliwości, co do podstawy i zasad korzystania przez Przystępującego z potencjału ww. osób. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują w tym zakresie potwierdzenia w pełnej analizie i ocenie treści oferty oraz jej załączników.

Oceniając zarzuty podniesione przez Odwołującego Izba miała także na względzie, że w SIWZ Zamawiający określił jednoznacznie dokumenty, na podstawie których będzie oceniał spełnienia postawionego warunku – Wykaz wraz z oświadczeniem wykonawcy. Oba te dokumenty zostały złożone przez Przystępującego.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Należy jednocześnie wskazać, że konsekwencją uwzględnienia odwołania powinno być dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....