

Sygn. akt KIO/UZP 1724/09

KIO/UZO 1731/09

WYROK
z dnia 4 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **15 stycznia 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm: 1. Dekpol Sp. z o.o., 2. TUGEB POLBUD Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn, (sygn. akt KIO/UZP 1724/09)

B. Zakład Techniki Ochrony Środowiska „FOLEKO” Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica (sygn. akt KIO/UZP 1731/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Łomża - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Zakład Budżetowy, ul. Akademicka 22, 18-400 Łomża** protestów:

A. Konsorcjum firm: 1. Dekpol Sp. z o.o., 2. TUGEB POLBUD Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn z dnia 4 listopada 2009 r.,

B. Zakładu Techniki Ochrony Środowiska „FOLEKO” Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica z dnia 3 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Instal Białystok S.A., ul. Orzeszkowej 32, 15-084 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 1724/09 i 1731/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. oddala odwołanie;

1B. uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie odwołującego się wykonawcy do postępowania;

2. kosztami postępowania obciąża:

- **Konsorcjum firm: 1. Dekpol Sp. z o.o., 2. TUGEB POLBUD Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,**
- **Miasto Łomża - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Zakład Budżetowy, ul. Akademicka 22, 18-400 Łomża**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Dekpol Sp. z o.o., 2. TUGEB POLBUD Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,**
 - B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Techniki Ochrony Środowiska „FOLEKO” Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 198 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sto dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A.** kwoty **976 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1. Dekpol Sp. z o.o., 2. TUGEB POLBUD Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn na**

- rzecz **Miasta Łomży - Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Zakład Budżetowy, ul. Akademicka 22, 18-400 Łomża** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B.** kwoty **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Miasto Łomża - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Zakład Budżetowy, ul. Akademicka 22, 18-400 Łomża** na rzecz **Zakładu Techniki Ochrony Środowiska „FOLEKO” Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez odwołującego się,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Dekpol Sp. z o.o., 2. TUGEB POLBUD Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,**
- B** kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zakład Techniki Ochrony Środowiska „FOLEKO” Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Miasto Łomża, działające poprzez swój zakład budżetowy – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów dla Miasta Łomży i okolicznych gmin w ramach projektu Budowa Systemu Gospodarki Odpadami Komunalnymi dla Miasta Łomża i okolicznych gmin, wszczęte w dniu 15.09.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 28.10.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Instal Białystok S.A. oraz o wykluczeniu Foleko Sp. z o.o. (zwana dalej „Foleko”) w związku z nie spełnianiem przez wykonawcę warunku wykazania się doświadczeniem w dostawach wymaganych w specyfikacji linii sortowania odpadów oraz odrzuceniu oferty Konsorcjum Dekpol Sp. z o.o. i TUGEB POLBUD Sp. z o.o. (zwane dalej „Dekpol”) jako niezgodnej z treścią siwz w związku z faktem, iż wykonawca przedstawił w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym stopień zaawansowania przedsięwzięcia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz, tj. przedstawił stopień zaawansowania na dzień 31.12 2009 r. w wysokości 19,8%, zamiast wymaganych 25%, wskazując również, iż oferta nie spełnia wymagań siwz w stosunku do potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie analogicznym, jak wykonawca Foleko.

1724/09

W dniu 04.11.2009 r. Dekpol wniosło protest wobec ww. rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności wobec odrzucenia jego oferty oraz zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień przez protestującego odnośnie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 i 2 Pzp.

Protestujący podniósł, iż wykazanie się przezeń doświadczeniem w dostawie linii sortowniczej papieru jest wystarczające w stosunku do żądań dotyczących potwierdzania warunku udziału w postępowaniu sformułowanych w siwz, tj. dostawa tego typu odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. Ponadto według protestującego błędy czy niezgodności z wymaganiami siwz zaawansowania robót wykazanego w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym nie powinny skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, po pierwsze z racji jedynie informacyjnego charakteru harmonogramu nie stanowiącego o żadnych istotnych elementach oferty, a po drugie z racji możliwości wyjaśnienia powyższego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W dniu 10.11.2009 r. zamawiający protest Dekpol oddalił w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazując m.in. na swoje rozumienie sformułowań siwz i wynikających z nich konsekwencji dotyczących zakresu odpowiadania i porównywalności dostaw wykazywanych jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu do dostaw stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia (konieczność porównywalności zakresu pracy linii, jej wydajności, jak i zastosowanych rozwiązań technologicznych). Ponadto zamawiający wskazał, iż postanowienia harmonogramu

rzeczowo-terminowo-finansowego stanowiły istotną dlań część oferty i jako takie podlegały ocenie pod względem ich zgodności z ujawnioną treścią siwz, natomiast wyjaśnianie ich niezgodności stanowiłoby w istocie niedopuszczalną zmianę treści oferty.

W dniu 16.11.2009 r. Dekpol wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący powtórzył i podtrzymał wszystkie zarzuty, wnioski i argumenty protestu.

1731/09

W dniu 03.11.2009 r. Foleko wniosła protest wobec wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, domagając się powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty protestującego połączonego z wezwaniem do udzielenia niezbędnych wyjaśnień i uzupełnień.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 6 ust. 3 ustawy poprzez wprowadzanie/interpretowanie zapisów siwz (warunki udziału w postępowaniu) w sposób niezgodny z ustawą,
2. art. 7 ust. 2 ustawy poprzez brak obiektywizmu w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia,
3. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z ustawą,
4. art. 22 ust. 2 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję,
5. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy poprzez niezgodne z prawem stwierdzenie nie spełniania przez protestującego warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy poprzez bezprawne zaniechanie instytucji wezwania do złożenia dokumentów lub oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Protestujący wskazał, że wobec faktu, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane zamawiający powinien wymagać doświadczenia jedynie w zakresie robót, a nie dostaw. Ponadto wykazane przez niego realizacje są zbieżne w swoim charakterze i podstawowym zakresie z dostawami stanowiącymi przedmiot zamówienia, co wobec ogólnikowego sformułowania siwz w przedmiocie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu winno wystarczyć, że protestujący wykazał jego spełnienie.

Protestujący podniósł również, iż w przypadku uznania, że wykazane dostawy nie odpowiadają wymogom siwz należało wezwać go do uzupełnienia wykazu dostaw na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

W dniu 10.11.2009 r. zamawiający protest Foleko oddalił z uzasadnieniem analogicznym do uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu Dekapol.

W dniu 16.11.2009 Foleko wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu, podtrzymując i powtarzając wszystkie zarzuty, wnioski i argumenty protestu.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdz. 5 pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto warunek udziału w postępowaniu, według które do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, jako wykonawcy posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie, uznani zostaną wykonawcy, którzy we wskazanym okresie zrealizowali co najmniej jedną dostawę o wartości nie mniejszej niż 5 mln. zł brutto odpowiadającą swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający zaznaczył, iż za dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia uzna dostawy równoważne z zakresem dostaw określonym w rozdziale 3 pkt 3.6 siwz.

W ramach przedmiotu niniejszego zamówienia opisanego m.in. w pkt 3.6 siwz przewidziano dostawę linii sortowania wraz z urządzeniami peryferyjnymi służącej segregacji odpadów komunalnych. Uzupełnieniem i uszczegółowieniem opisanego tam przedmiotu zamówienia jest Dokumentacja Techniczna stanowiąca załącznik do siwz. Według wskazań zamawiającego zawartych w ww. Dokumentacji Technicznej zamawiana linia sortownicza przewidziana i zaprojektowana została w sposób umożliwiający obsłużenie ilości odpadów wynoszącej 22 000 Mg/rok.

W rozdziale 6.1.2 zamawiający zastrzegł, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani są złożyć m.in.:

- ppkt 23) proponowany harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy w układzie miesięcznych przepływów finansowych dla całego trwania kontraktu – według samodzielnie napisanego załącznika. Zamawiający wymagał aby stopień zaawansowania przedsięwzięcia przedstawiony w harmonogramie wynosił 25% na dzień 31.12.2009, 50% na dzień 01.05.2010 i 100% na dzień 30.09.2010.
- ppkt 24) oświadczenie o zrealizowaniu zamówienia według ww. harmonogramu.

Ponadto w ww. rozdziale siwz zostały pomieszczone wraz z dokumentami *stricte* potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dokumenty innego typu o

bardzo różnym charakterze (np. formularz ofertowy, kosztorysy, oświadczenie o zapoznaniu się z placem budowy, dokument potwierdzający wpłatę wadium... etc...)

Do oferty Dekpol załączono wykaz dostaw i referencje (str. 43 i n. załączników do oferty), w którym w jedynej pozycji wykazano dostawę linii sortowniczej papieru.

Dekpol przedstawiło również (str. 145 załączników do oferty) harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, w którym zsumowane wartości poszczególnych założonych do wykonania pozycji dawały wynik na poziomie niespełna 20% zaawansowania przedsięwzięcia na ostatni dzień roku 2009 r. Wykonawca złożył również oświadczenie, iż zrealizuje zamówienie według ww. harmonogramu (str. 146).

Do oferty Foleko załączono wykaz wykaz dostaw (str. 30 i n. załączników do oferty), w którego pozycji nr 1 wykazano dostawę linii sortowniczej służącej do segregacji odpadów z tworzyw sztucznych, szkła, makulatury i puszek aluminiowych (miejsce realizacji dostawy: Wardyń Górny), natomiast w pozycji nr 2 tabeli wykazu wskazano dostawę linii sortowania odpadów o wydajności 4000t/rok (miejsce realizacji dostawy: Lubomierz).

Powyższe fakty i okoliczności nie są sporne pomiędzy stronami – sporna natomiast jest ich ocena i znaczenie dla przedmiotowego postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

1724/09

Na wstępie Izba wskazuje, iż w przypadku niespełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku przedłożenia dokumentów powyższe potwierdzających (a za takie należy uznać wymagany wykaz dostaw), podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, brak natomiast przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Natomiast harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy w kontekście niniejszego zamówienia w związku z jego treścią, nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, nawet jeżeli zamawiający w taki sposób nominalnie go kwalifikuje i za taki uznaje,

ale dokumentem wyrażającym zobowiązanie wykonawcy czyli stanowiącym część jego oferty.

Odnosząc się do zarzutów protestu i odwołania ocenianych jako kwestionowanie materialnej podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty wskazać należy, iż nie znalazły one potwierdzenia.

W szczególności Izba uznała, iż wykazana przez wykonawcę dostawa linii sortowniczej papieru nie odpowiada warunkom udziału w postępowaniu opisanym w siwz z powodu, tak jak wskazał zamawiający – sortowanie papieru jest jedynie częścią sortowania odpadów komunalnych, którą zamierza prowadzić zamawiający, a linia służąca do przeprowadzenia selekcji papieru w tym sensie nie może zostać uznana za odpowiadającą (rodzajowo tożsamą) z linią zapewniającą segregację odpadów w pełnym zakresie. Uzasadnienie dla powyższego stanowiska zawarto w rozważaniach dotyczących sprawy o sygn. 1731/09.

Nie nakazywano zamawiającemu wykonania dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, która w przypadku braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu znalazłaby zastosowanie, z powodu podlegania ofercie odwołującego odrzuceniu z innych powodów – mianowicie jako sprzecznej z treścią siwz w zakresie przedłożonego harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego.

Jak wskazano powyżej harmonogram ten jako dokument odnoszący się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

Zamawiający jasno wyraził swoją wolę i oczekiwania, co do koniczności jego przedłożenia oraz minimalnych parametrów (wymagań), które mają być w nim zawarte. Wykonawca złożył harmonogram sprzeczny z opisanymi założeniami zamawiającego, a następnie złożył oświadczenie, iż zrealizuje zamówienie zgodnie z tym harmonogramem, a więc w sposób niezgodny z treścią siwz (str. 146 oferty).

Bez znacznie jest tu podnoszona przez odwołującego okoliczność, iż zamawiający de facto nie zastrzegł sobie żadnych instrumentów prawnych przy pomocy których będzie mógł egzekwować jego realizację albo racjonalne przyjęcie rozkładu poszczególnych przepływów finansowych i stopnia zaawansowania przedsięwzięcia ze względu na brak znajomości bezwzględnej daty rozpoczęcia robót. Zamawiający wyrażając swoją wolę w tym przedmiocie miał prawo oczekiwać, iż wykonawcy składając swoje oferty dostosują się do niej, a tym samym realizować będą zamówienie zgodnie z przyjętymi i wyrażonymi w siwz założeniami. Nawet wobec braku postanowień umownych wiążących i odnoszących dokonywanie płatności czy kary umowne za niezgodną z wymaganiami siwz (tu harmonogramu) do terminów, przepływów finansowych i stopnia zaawansowania robót w

harmonogramie zawartych, zamawiający mógł wymagać i oczekiwać, że prace będą wykonywane w sposób odpowiadający jego postanowieniom, które zostały zawarowane w siwz i powinny zostać potwierdzone w przedłożonym wraz z ofertą harmonogramie. Nawet nie mając instrumentów umownych w postaci kar umownych czy wstrzymania płatności, zamawiający mógłby dochodzić następnie odszkodowań na zasadach ogólnych, jeżeli w trakcie realizacji umowy przewidzianego w harmonogramie, tj. zastrzeżonego przez zamawiającego i stanowiącego zobowiązanie wykonawcy, stopnia zaawansowania i rozliczenia robót wykonawca by nie dotrzymał, a z powyższego wynikałaby jakakolwiek szkoda dla zamawiającego.

Natomiast kwestia oceny ewentualnej niemożliwości dotrzymania terminów w harmonogramie zawartych i ich skutków prawnych dla przedmiotowego postępowania ze względu na jego przebieg, znajduje się poza przedmiotem orzekania w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym należało uznać ofertę odwołującego za sprzeczną we wskazanym zakresie z treścią swiz i jako taką za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a także za zbędne jej wyjaśnianie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy – treść oferty była w tym zakresie jasna, natomiast jakiegokolwiek wyjaśnienia musiałby prowadzić do zmian w jej treści.

1731/09

Blankietowy przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w trakcie wszczynania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia wskazujący na „niezbędną wiedzę i doświadczenie” wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz przepis § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazujący na możliwość żądania od wykonawców wykazu dostaw „odpowiadających swoim rodzajem” dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, poprzez użycie nieostrych sformułowań tego typu, ustanawiają wytyczne i ramy dla zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu, według których określić ma konkretne wymagania wobec wykonawców mogących ubiegać się o dane (konkretne) zamówienie. W świetle zasad zawartych w art. 7 ustawy, niedopuszczalne jest przenoszenie nieostrości wytycznych zawartych w ww. przepisach, które pozostawiają znaczną swobodę zamawiającemu w precyzowaniu warunków udziału w postępowaniu na etapie ogłoszenia bądź siwz, do etapu bezpośredniej kwalifikacji wykonawców, tak aby dopiero w tym momencie pojęcia ogólne i nieostre miałyby być wypełniane konkretną, normatywną treścią. Już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dookreślone winny

zostać kryteria, według których kwalifikowani będą wykonawcy uznani za zdolnych do wykonania zamówienia.

W odniesieniu do warunków udziału zawartych przez zamawiającego w siwz w przedmiotowym postępowaniu, Izba stwierdza, iż stanowią one przykład tego, w jaki sposób warunki udziału w postępowaniu formułowane być nie powinny. Zamawiający z łatwością mógł sformułować i zawrzeć adekwatne do przedmiotu zamówienia (a więc nie ograniczające konkurencji w dostępie do zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy) i jednocześnie precyzyjne ostre warunki udziału w postępowaniu określone przy pomocy konkretnych wartości liczbowych, parametrów czy wskazać i wyspecyfikować konkretne wymagane rozwiązania techniczne. Tak samo jak np. uczynił wskazując wartości dostaw uznanych za wystarczające wykazanie odpowiedniego doświadczenia, mógł również określić jaką wydajność referowanych linii uznawał będzie za wystarczającą, albo jakie urządzenia i rozwiązania techniczne w nich zastosowane spełniały będą wymagania zamawiającego w tym zakresie.

Tymczasem zamawiający używając sformułowań nieostrych, zaczerpniętych ze wskazywanych przepisów, typu „dostawy odpowiadające swoim rodzajem” przedmiotowi zamówienia, które definiował i dookreślał poprzez kolejne niedookreślone wyrażenia typu „równoważne” do dostaw opisanych w siwz (klasyczne „*ignotum per ignotum*”), niejako sprokurował wątpliwości interpretacyjne, nie tylko w przedmiocie oceny konkretnych dostaw wykazywanych przez poszczególnych wykonawców, ale trudności w teoretycznym zakreśleniu kręgu doświadczenia uznawanego za wystarczające, tj. trudności w wyselekcjonowaniu i przyjęciu kryteriów „odpowiadania” przez daną dostawę do przedmiotu zamówienia. Tym samym, obecnie, poruszając się przy tym pomiędzy dwoma punktami granicznymi – zupełną „tożsamością” dostaw oraz skrajnym, jedynie nominalnym przystawianiu danych dostaw do rodzaju dostawy będącej przedmiotem zamówienia, konieczne jest ustalenie minimalnego znaczenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w sposób możliwie najmniej arbitralny i dowolny, który w możliwie niewielkim stopniu ograniczał będzie równą konkurencję w postępowaniu.

Izba zaznacza, iż definicja „równoważności” ofert, które zostaną uznane za spełniające wymagania zamawiającego zawarta w siwz, a dotycząca porównywalności parametrów rozwiązań opisanych i wymaganych odnosi się do bezpośrednio do zgodności przedmiotu zamówienia i świadczenia, i jako taka nie może zostać odniesiona do porównywalności dostaw wykazywanych jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu z dostawami zamawianymi. Nie ma możliwości szczegółowego zbadania wszystkich parametrów dostaw wykazywanych i referowanych z przedmiotem zamówienia – w takim przypadku w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający musiałby żądać od wykonawców pełnej dokumentacji technicznej wykonanych linii sortowniczych, a dostawy te

musiałyby zapewniać parametrową równowagę w każdym, najdrobniejszym rozwiązaniu zastosowanym przez zamawiającego (tak jak w przypadku równowagi oferty).

W ocenie Izby dla wypełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu realną i racjonalną treścią, przy jednoczesnym założeniu ograniczania dowolności w tym zakresie, możliwe jest jedynie przyjęcie kryterium funkcjonalnego jako decydującego o porównywalności dostaw zamawianych, a wykazywanych jako stanowiących potwierdzenie spełnienia warunku. Skoro zamawiający zamawia linię sortowniczą służącą do zbiórki wszystkich odpadów komunalnych, zasadne jest stwierdzenie, że rodzajowe odpowiadanie tego typu urządzeń będzie zachowane jedynie w przypadku, gdy inne linie sortownicze będą służyły do tego samego celu w takim samym (nie mniejszym) zakresie. Tym samym przyjmuje się tu funkcjonalne kryterium zbieżności rodzajowej poszczególnych linii sortowniczych jako obsługujących pełne spektrum odpadów komunalnych zakładane przez zamawiającego. Ujmując powyższe inaczej: odpowiadającymi sobie liniami tego samego rodzaju są linie obsługujące selektywną zbiórkę odpadów komunalnych w całości. Tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu jest w swoim punkcie granicznym adekwatny do przedmiotu zamówienia – nie można go zakwestionować na zasadzie równi pochyłej w dowodzeniu – żądanie pełnej tożsamości funkcjonalnej linii jest w tym przypadku jak najbardziej uzasadnione.

Odnosząc powyższe do wykazania się spełnieniem warunków udziału przez odwołującego Foleko stwierdzić należy, iż pozycja nr 1 przedstawionego wykazu nie odpowiada w tym zakresie wymaganiom (warunkom udziału) określonym w siwz poprzez „odpowiednie” odesłanie do rodzaju zamawianych dostaw – nie jest to linia sortownicza służąca do sortowania odpadów komunalnych w pełnym zakresie.

Natomiast odnosząc się do pozostałych kryteriów „odpowiedniości” dostaw, które zamawiający wyprowadza z postanowień siwz i stosuje do kwalifikacji doświadczenia wykonawców, a które wyraża w rozstrzygnięciu protestu, tj. równowagi technologicznej oraz wydajnościowej poszczególnych linii, Izba wskazuje, iż w świetle wspomnianych zasad niograniczania konkurencji poprzez arbitralne decyzje na tym etapie postępowania nie jest możliwe ich uznanie i zastosowanie do ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. W przeciwieństwie do doświadczenia w dostarczeniu i uruchomieniu linii przeznaczonej do sortowania odpadów w pełnym zakresie, którego wymaganie jest możliwe do wyprowadzenia i uzasadnienia w swoim granicznym, tj. pełnym wymiarze, z wymogu równowagi pomiędzy dostawą wykazywaną jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu a zamawianą, w przypadku równowagi technologicznej i wydajnościowej brak takiej możliwości. Jakakolwiek decyzja w tym zakresie podjęta na tym etapie postępowania nosiłaby znamiona arbitralnego ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Wskazane przez

zamawiającego kryteria „odpowiadania” dostaw wymagają wskazania i przyjęcia kolejnego kryterium dla wyznaczenia konkretnego poziomu „odpowiadania”, który zostanie uznany za wystarczający. Odnosząc powyższe konkretnie do zaistniałej sytuacji: według zamawiającego dostawy odpowiadające czy równoważne do przedmiotu zamówienia, to dostawy urządzeń odpowiadających mu technologicznie i pod względem parametrów wydajności przepustowości linii. Powstaje pytanie jaka jest granica i poziom ww. wymagań dla uznania ich za odpowiednie i wystarczające. Mamy więc do czynienia z brakiem obiektywnych i wyraźnych kryteriów definiujących kryteria podstawowe. Na tym etapie postępowania nie sposób wskazać obiektywnej granicy „odpowiedniości” wydajności (poniżej jakiego poziomu określonego w kilogramach przerobu odpadów zamawiający przestałby uznawać linię za nieporównywalną rodzajowo z jego linią) oraz stopnia wymaganej tożsamości rozwiązań technicznych wymaganych w siwz (które konkretnie rozwiązania technologiczne czy urządzenia lub ich brak decyduje o rodzajowej tożsamości linii). Natomiast przyjęcie takiej porównywalności w punkcie maksymalnym, tj. jedynie przy wydajności większej lub równej do wydajności projektowanej albo pełnej zgodności konstrukcyjnej rozwiązań linii (a więc *de facto* linii takiej samej) jest nie do pogodzenia zasadami prowadzenia postępowania oraz formułowania warunków udziału w postępowaniu wynikającymi z art. 7 i 22 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym za wypełniające opisane w siwz warunki udziału w postępowaniu należy uznać wykazaną przez odwołującego w pozycji nr 2 wykazu dostawę zrealizowaną w Lubomierzu. Tym samym wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu – wskazana przez niego linia sortownicza, co przyznał sam zamawiający, funkcjonalnie jest linią tego samego rodzaju, co linia zamawiana, natomiast na podstawie sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie sposób wyprowadzić konkretnych wymogów w zakresie porównywalności rozwiązań technicznych czy porównywalności parametrowej wydajności, na podstawie których mogłoby następować ograniczanie kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W tym stanie rzeczy zasadne staje się nakazanie przywrócenia odwołującego do udziału w postępowaniu i uwzględnienia jego oferty przy ponownej ocenie ofert, a zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy uznaje się za potwierdzony – bez konieczności wzywania wykonawcy do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na marginesie rozstrzygnięcia Izba wskazuje również, iż wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu i w odpowiedzi na odwołanie, za przeważający i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz przede wszystkim prawidłowy, należy uznać pogląd, iż w zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp mieści się również uzupełnianie/wymiana dokumentów, które nie zawierają błędów formalnych a z ich treści wynika, że wykazane usługi, osoby... etc... nie spełniają wymagań

postawionych przez zamawiającego. W przypadku gdy w świetle powołanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów) tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki (*a maiori ad minus*). Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału po prostu nie ma w postępowaniu i należy wezwać do jego uzupełnienia. W związku z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawca będzie miał ponowną szansę udokumentowania, np. przy pomocy zmienionego wykazu osób, dostaw czy sprzętu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu nawet poprzez przedłożenie wykazu zawierającego zupełnie nowe wykonane prace czy osoby.

Wszelkie zarzuty naruszenia przepisów odnoszących się do postanowień siwz sformułowane w proteście, w świetle dyspozycji art. 180 ust. 2 Pzp należy uznać za spóźnione.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, w sprawach orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. W sprawie 1724/09 zasądzono koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według jego wniosku oraz na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....