

Sygn. akt: KIO 902/11

WYROK

z dnia 11 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hydrobudowa Polska S.A., PBG SA., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., 83-110 Tczew, ul. Rokicka 16;**

przy udziale wykonawcy **PBR-Megaron Sp. z o.o., 80-299 Gdańsk, ul. Galaktyczna 30A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 902/11 po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Polimex - Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 902/11 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** na rzecz **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., 83-110 Tczew, ul. Rokicka 16** kwotę **3 981 zł 02 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt jeden złotych dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o. w Tczewie ul. Rokicka 16 83-110 Tczew, , zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Regionalny System Gospodarki Odpadami Tczew” .

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 stycznia 2011 roku (ogłoszenie nr 201 I/S 14-021475). Wartość Zamówienia przekracza wartość od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, 1- HYDROBUDOWA POLSKA S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania, przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo, 2.PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania, przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo, reprezentowani przez lidera -HYDROBUDOWA POLSKA S.A. – zwani dalej „Odwołującym, dowiedzieli w dniu 18 kwietnia 2011 o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę złożoną przez PBR - Megaron Sp. z o.o., ul. Galaktyczna 30 A, 80-299 Gdańsk. Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego na trzeciej pozycji rankingu ofert.

Wobec tego faktu Odwołujący w dniu 28 kwietnia złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania oraz zaniechania podjęcia czynności przez Zamawiającego w postaci:

1. oceny ofert złożonych przez PBR - Megaron Sp. z o.o., ul. Galaktyczna 30 A, 80-299 Gdańsk oraz Polimex-Mostostal S.A., ul. Czarneckiego 15/17, 00-950 Warszawa,
2. zaniechania wykluczenia PBR - Megaron Sp. z o.o. oraz Polimex-Mostostal S.A. z postępowania, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,
3. zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez PBR - Megaron Sp. z o.o. oraz Polimex-Mostostal S.A. jako wykonawców wykluczonych,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PBR - Megaron Sp. z o.o.,
5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KONSORCJUM HBP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez uznanie, iż PBR - Megaron Sp. z o.o. oraz Polimex - Mostostal S.A. spełniają warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego doświadczenia,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania PBR - Megaron Sp. z o.o. oraz Polimex-Mostostal S.A. pomimo nie wykazania przez tych wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie warunku

dotyczącego znajdowanie się w określonej sytuacji ekonomicznej oraz posiadania wymaganego doświadczenia,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert PBR - Megaron Sp. z o.o. oraz Polimex-Mostostal S.A. mimo, że zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania,

4. art. 7 ust. 1 PZP, poprzez naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PBR - Megaron Sp. z o.o., ul. Galaktyczna 30 A, 80-299 Gdańsk,
2. unieważnienia czynności oceny oferty PBR - Megaron Sp. z o. o. oraz Polimex-Mostostal S.A., ul. Czarneckiego 15/17, 00-950 Warszawa,
3. powtórzenia czynności oceny ofert złożonych przez ww wykonawców,
4. wykluczenia PBR - Megaron Sp. z o.o. oraz Polimex-Mostostal S.A. z postępowania i odrzucenie ich ofert jako złożonych»przez wykonawców wykluczonych, •
5. wyboru oferty KONSORCJUM HBP jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł ,że dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożone przez PBR - Megaron Sp. z o. o. oraz Polimex-Mostostal S.A. nie potwierdzają spełniania przez te podmioty warunków udziału* w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia i winny skutkować wykluczeniem tych wykonawców z postępowania.

Stosownie do treści pkt. III.2.3) Zdolność techniczna pkt. I)a) w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego Zamówienia mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych o wartości inwestycji minimum 30.000.000 PLN brutto oraz wielkości zbliżonej do przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodziło zaprojektowanie i wybudowanie co najmniej jednej stacjonarnej linii sortowania odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 75 000 Mg/rok zlokalizowanej w hali oraz powiązanej z nią technologicznie instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej (w systemie zamkniętym) biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych z automatycznym załadunkiem, przerzucaniem i wyładunkiem, o przepustowości co najmniej 30 000 Mg/rok.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy: PBR - Megaron Sp. z o. o. oraz Polimex-Mostostal S.A. wskazali inwestycję pn.: „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Radomiu. Budowa Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych". Na potwierdzenie

prawidłowego wykonania robót objętych ww zadaniem, oferenci załączyli Świadcstwo Przejęcia wydane na podstawie subklauzuli 10.1 Warunków Kontraktowych FIDIC. Z dokumentu tego wynika, iż roboty objęte w/w zadaniem zostały „zasadniczo ukończone”, nie mniej jednak nie potwierdza on bezusterkowego wykonania robót, albowiem do dokumentu tego dołączono dwa załączniki w których ujęto wykaz zaległych prac, usterek i niedoróbek pozostałych do realizacji przez wykonawcę. Powyższy dokument wzbudził wątpliwości Zamawiającego, który pismem z dnia 23 marca 2011 r. wezwał obu tych wykonawców między innymi do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie rzeczzonego warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi każdy z oferentów ponadto uzupełnił wykaz robót o tą samą, nową inwestycję, tj.: „Projekt i budowa hal, przyjęcia i sortowania oraz intensywnego kompostowania wraz z liniami technologicznymi” realizowaną w ramach projektu „Kalisz - Gospodarowanie odpadami stałymi”. Na dowód prawidłowego ukończenia robót oferenci załączyli list referencyjny z dnia 22 stycznia 2007r. wystawiony przez Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina” Z treści przedłożonej referencji wynika, iż przedmiotowa inwestycja dotyczyła wykonania kompletnej dokumentacji projektowej oraz wykonania **części** Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów „Orli Staw” w Prażuchach Nowych k/Kalisza

Odwołujący podniósł iż żadna z wykazanych przez oferentów inwestycji nie spełnia wymogów Zamawiającego, a co za tym idzie wykonawcy Ci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia i winni zostać wykluczeni z postępowania. Odwołujący odnosząc się do drugiej inwestycji wskazanej w referencjach obu wykonawców wskazał w szczególności na fakt ,że w/w wykonawcy nie wykazali się zrealizowaniem całości a tylko części zakładu, gdyż udzielający zasobów firma Sutko Polska sp. z o.o. była realizatorem wyłącznie jednej inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i budowie części tego zakładu. Nie wykonała w ramach tej inwestycji innymi placu do kompostowania, bez którego kompletny zakład unieszkodliwiania odpadów nie może funkcjonować.

Do toczącego się postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy o których wykluczenie i odrzucenie ich ofert wnosi Odwołujący.

W przystąpieniu PBR - Megaron Sp. z o.o. ul. Galaktyczna 30A 80 - 299 Gdańsk wskazał , że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego gdyż PBR Megaron Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku pismem z dnia 18 kwietnia 2011r. został poinformowany o wyborze przez Zamawiającego jego oferty jako najkorzystniejszej. Na drugim miejscu znalazł się Wykonawca Polimex - Mostostal S.A. z siedziba w Warszawie.

Ewentualne uwzględnienie odwołania i zawartych w nim żądań spowodowałby wykluczenie wykonawcy PBR Megaron Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty. Posiada on zatem interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego i uzyskania orzeczenia na korzyść Zmawiającego. Ponadto w piśmie z dnia 9 maja 2011 roku doręczonym stronom i uczestnikowi postępowania w trakcie rozprawy, przystępujący w sposób obszerny ustosunkował się do wszystkich argumentów Odwołującego, przedstawiając własne stanowisko w tej sprawie.

Przystępujący POLIMEX-MOSTOSTAL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Czackiego 15/17 00-950 Warszawa wskazał również na interes w przystąpieniu do postępowania gdyż w przypadku nieuwzględnienia odwołania HYDROBUDOWY POLSKA S.A. i PBG S.A. oraz odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez PBR-Megaron Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, czyli wykonawcę, którego oferta jako najkorzystniejsza została wybrana przez Zamawiającego, powinno dojść do podpisania umowy z POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. (art. 94 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Oferta złożona przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. została bowiem sklasyfikowana na drugiej pozycji, po ofercie PBR-Megaron Sp. z o.o. Ponadto, celem przystąpienia przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. po stronie Zamawiającego jest przyczynienie się do potwierdzenia przez KIO prawidłowości postępowania Zamawiającego, który uznał, że Świadcstwo Przejęcia Robót i Świadcstwo Przejęcia dotyczące inwestycji pn. „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Radomiu. Budowa Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych” stanowią dokumenty świadczące o spełnieniu przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Przyjęcie przez KIO w niniejszym postępowaniu odwoławczym odmiennego stanowiska, tj. że ww. Świadcstwa nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia, mogłoby być nadużywane przez wykonawców konkurencyjnych wobec POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto wskazał na fakt, że Odwołujący formułuje zarzut niewykazania przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a w dalszej części w zakresie znajdowania się w określonej sytuacji ekonomicznej oraz posiadania wymaganego doświadczenia. Z kolei, w części II uzasadnienia Odwołujący stawia zarzut braku potwierdzenia przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. spełnienia warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że o ile zarzut rzekomego niepotwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia został przez Odwołującego rozwinięty w treści uzasadnienia, to zarzut odnoszący się do sytuacji ekonomicznej nie został w żaden sposób wyjaśniony.

POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. kwestionuje zasadność zarzutów postawionych przez Odwołującego. W szczególności POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. zaprzecza, aby Świadcstwo Przejęcia Robót i Świadcstwo Przejęcia mogły być uznane za dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, przewidzianego w pkt 9.1.2) lit. a) część I SIWZ. W wymienionym zapisie specyfikacji

Zamawiający postawił wymóg załączenia przez Wykonawców dokumentów potwierdzających, że roboty dotyczące zaprojektowania i wybudowania zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych o parametrach wskazanych w pkt 9.1.2) lit. a) część I SIWZ zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odpowiada to sformułowaniu z § 1 ust. 1 pkt 2) in fine rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). Przedłożone Świadcstwa, które Odwołujący kwestionuje, zostały wystawione w związku z realizacją przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. w ramach konsorcjum z Sutco Polska Sp. z o.o. inwestycji pn. „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Radomiu. Budowa Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych”, przebiegającą na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC-a. Zastrzeżenia Odwołującego budzi fakt, iż w załącznikach do Świadcstwa Przejęcia ujęto wykaz zaległych prac, usterek i niedoróbek pozostałych do wykonania przez ww. konsorcjum. Miałoby to świadczyć o tym, że powyższa inwestycja nie została prawidłowo wykonana przez POLIMEX-MOSTOSTAL S.A., który w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Przeczy temu sama treść Świadcstwa Przejęcia Robót, w którym stwierdza się, że Roboty zostały wykonane w pełnym zakresie. „(...) pomijając drobniejsze zaległe prace czy wady, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało wpływu na użytkowanie”.

Wskazał, że Świadcstwo Przejęcia Robót i Świadcstwo Przejęcia potwierdzają dokonanie przez Inżyniera Kontraktu, jako podmiot reprezentujący zamawiającego, odbioru obiektu wybudowanego przez konsorcjum z udziałem POLIMEX-MOSTOSTAL S.A., a dokonanie przez Zamawiającego, działającego za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu, odbioru Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych w Radomiu, mimo wystąpienia usterek lub niewykonania drobnych prac, co nastąpiło w drodze Świadcstwa Przejęcia i Świadcstwa Przejęcia Robót, świadczy o „skitowaniu” przez Zamawiającego wykonania przedmiotu Kontraktu przez Wykonawcę, tj. konsorcjum z udziałem POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2011 roku doręczonym stronie i uczestnikom postępowania w trakcie rozprawy odpowiedział na zarzuty odwołania. Wnosząc o oddalenie odwołania wskazał, że to nie braki w dokumentach potwierdzających spełnienie przez wykonawców wymogów siwz w zakresie wiedzy i doświadczenia są podstawą wniesionego odwołania, ale użyte w w pkt. 9.1.2)a siwz sformułowania dotyczące tego wymogu. W treści odwołania dokonano bowiem zniekształcenia jednego z warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny w pkt 9.1.2)a siwz. Zniekształcenie warunku przez Odwołującego nastąpiło poprzez wprowadzanie w treści odwołania nowych pojęć, zmianę zastosowanych w siwz definicji, bezpodstawne utożsamianie różnych pojęć. Efektem tego było nie tylko zniekształcenie intencji

Zamawiającego, ale przede wszystkim przedefiniowanie wymagań w taki sposób, aby wykazać, że nie dwóch, ale wszyscy wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający formułując wymóg w pkt 9.1.2)a siwz oczekiwał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będą brali udział wykonawcy doświadczeni w projektowaniu i budowie co najmniej jednego zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych ,przy czym minimalnym warunkiem a zarazem kryterium postawionym przez Zamawiającego było, aby zakres wymaganego doświadczenia przez wykonawców obejmował:

- zaprojektowanie i wybudowanie co najmniej jednej stacjonarnej linii sortowania odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 75 000 Mg/rok zlokalizowanej w hali oraz
- powiązanej z nią technologicznie instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej (w systemie zamkniętym) biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych z automatycznym załadunkiem, przerzucaniem i wyładunkiem, o przepustowości co najmniej 30 000 Mg/rok, przy czym minimalna wymagana przez zamawiającego wartość zbliżonej do przedmiotu zamówienia inwestycji została ustalona na poziomie 30.000.000 PLN brutto.

Wobec powyższych wymogów Zamawiający oceniając przedłożone przez wykonawców -o których wykluczenie z postępowania wnosili Odwołujący przedłożyli – obaj takie same:

- Świadectwo Przejęcia dla kontraktu „Gospodarka odpadami komunalnymi w Radomiu. Budowa Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych”, w ramach którego został kompleksowo zaprojektowany i wykonany przez wykonawcę zakład w pełnym zakresie, wykraczającym poza minimalne warunki udziału w postępowaniu przetargowym określone przez Zamawiającego w pkt 9.1.2) a) siwz.

- listu referencyjnego wystawionego przez Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina” z Kalisza, „Projekt i budowa hal, przyjęcia i sortowania oraz intensywnego kompostowania wraz z liniami technologicznymi” Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów „Orli Staw” w Prażuchach Nowych k/Kalisza, uznał ,że obaj wykonawcy tj. Polimex-Mostostal S.A. oraz PBR-Megarlon Sp. z o.o. spełnili postawiony w pkt. 9.1.2) a siwz warunek udziału w postępowaniu podwójnie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby, ustalił co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie

odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Również Izba postanowiła oddalić opozycję Odwołującego co do dopuszczenia do udziału w sprawie zgłaszającego przystąpienie PBR-Megaron Sp. z o.o. stwierdzając, że posiada on interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, treści odwołania oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie. Stwierdzić na wstępie należy, że w trakcie rozprawy pełnomocnik Odwołującego stwierdził, że podniesienie w odwołaniu zarzutu dotyczącego zdolności ekonomicznej obu wykonawców jest błędem pisarskim, który wkradł się przy redagowaniu odwołania i stwierdza, iż jedynym zarzutem odwołania jest brak wykazania się przez obu wykonawców wiedzą i doświadczeniem, wymaganym przez Zamawiającego w postanowieniach siwz.

Równocześnie Izba stwierdza, że obaj w/w wykonawcy złożyli dokumenty wskazujące na spełnianie wymogu wiedzy i doświadczenia o którym mowa w przepisie art. 22 ust.1 pkt.2 ustawy pzp. w zakresie realizacji dwóch inwestycji. Zamawiający wskazał, że wykonawca Megaron powołuje się w całości na doświadczenie uzyskane w trybie art. 26 ust 2b od podmiotu trzeciego tj. firmy Sutko Polska. Natomiast jeśli chodzi o Polimex - Mostostal S.A. to w zakresie inwestycji wykonywanej w Radomiu wykazuje się on własnym doświadczeniem, ponieważ w tym postępowaniu występował w ramach konsorcjum, natomiast odnośnie kontraktu w Kaliszu wykazuje się doświadczeniem uzyskanym od podmiotu trzeciego firmy Sutko Polska. Sprawa prawidłowości udostępnienia wykonawcom przez podmiot trzeci swoich zasobów nie była objęta zarzutami odwołania.

Zgodnie z postanowieniem siwz wystarczało wylegitymowanie się przez wykonawców spełnieniem tego warunku w trakcie realizacji **tylko jednej** inwestycji. Zamawiający nie wskazał w protokole postępowania ani w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w oparciu o którą referencję dokonał uznania spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, stwierdzając w odpowiedzi na odwołanie, że obaj wykonawcy „spełnili postawiony w pkt. 9.1.2)a siwz warunek udziału w postępowaniu podwójnie” tzn. iż Zamawiający obie referencje uznał za prawidłowe i wystarczające do wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem przez wykonawców.

Tym samym dla orzekania w sprawie istotne jest fakt że nie uwzględnienie zarzutów nawet co do jednej referencji tj. Świadectwa przejęcia lub listu referencyjnego wystawionego przez Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina” z Kalisza, powoduje oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie nie wykazania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia w oparciu o Świadectwo przejęcia, załączone przez PBR-Megaron oraz Polimex-Mostostal, dotyczące projektu „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Radomiu. Budowa Zakładu utylizacji Odpadów Komunalnych”, które to Świadectwo zadaniem Odwołującego, nie potwierdza wymaganego w siwz, bezusterkowego wykonania robót.

Odnosząc się do tego faktu Izba stwierdza, że w trakcie postępowania w sposób niekwestionowany przez Zamawiającego i Przystępujących ustalono, że z załączonych do Świadectwa przejęcia załączników, tj. wykazów zaległych prac, usterek i niedoróbek pozostałych do wykonania, wynika jednoznacznie że takie usterki na dzień wystawienia Świadectwa istniały.

Zasadnicze znaczenie dla oceny roli Świadectwa przejęcia ma fakt iż w/w kontrakt w Radomiu był realizowany w ramach programu FIDIC, który przewiduje inne niż powszechnie stosowane dokumentowanie zrealizowanych prac, gdzie w miejsce stosowanego powszechnie w robotach budowlanych protokołów odbioru robót wystawiane jest Świadectwo przejęcia. Ponadto procedury FIDIC nie posługują się takimi pojęciami jak „bezusterkowe wykonanie” czy „bezusterkowy odbiór”, gdyż dokumentu takiego nie ma w przewidzianych procedurami FIDIC czynnościach.

Zgodnie z warunkami FIDIC (klauzula 10.1.), gdy według Wykonawcy roboty budowlane są gotowe do przejęcia, występuje on do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przejęcia- Świadectwo przejęcia wystawiane jest przez Inżyniera Kontraktu na wniosek Wykonawcy złożony nie wcześniej niż na 14 dni przed tym, kiedy roboty budowlane będą w opinii wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia.

Inżynier kontraktu może wystawić Świadectwo przejęcia dla wykonawcy, ustalając datę z jaką roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, z możliwością wskazania drobnych i zaległych prac lub usterek, których dokończenie czy też usunięcie nie ma znaczącego wpływu na użytkowanie oddawanego przez wykonawcę obiektu, lub może odrzucić wniosek wskazując prace konieczne do przeprowadzenia, aby roboty budowlane mogły zostać uznane za ukończone zgodnie z umową.

W niniejszym postępowaniu wykonawcy przedłożyli wystawione w dniu 04.07.2008 roku przez Inżyniera Kontraktu - Faber Manusell Polska sp. z o.o. dla zadania „Gospodarka Odpadami Komunalnymi w Radomiu. Budowa Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych” (Kontrakt nr 2002/PL/16/P/PE/034-03/II) Świadectwo przejęcia, z którego wynikało, że roboty zostały zasadniczo ukończone niemniej jednak załączono do niego wykaz usterek niedoróbek i zaległych prac pozostałych do realizacji przez wykonawcę kontraktu. Ten właśnie wykaz usterek zdaniem Odwołującego nie potwierdza stawianego przez Zamawiającego w siwz warunku aby prace zostały wykonane w sposób prawidłowy.

Odwołujący podał iż celem ustalenia czy zamówienie na tej inwestycji zostało wykonane w sposób prawidłowy i bezusterkowy. zwrócił się w tej sprawie do inwestora PPHU RADKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu pismem z dnia 21 marca 2011 r. z odpowiednio sformułowanymi pytaniami. W odpowiedzi na to pismo przedsiębiorstwo RADKOM pismem z dnia 28 marca 2011 r. wskazało, że roboty kontraktu nie zostały wykonane zgodnie z umową. Wykonawcy nie wywiązali się ze swoich obowiązków w pełni, co spowodowało uniemożliwienie rozliczenia dotacji unijnej. Wskazał ponadto, iż inwestor biorąc pod uwagę niedoróbki realizacji zamówienia skorzystał z gwarancji należytego wykonania robót i naliczył wykonawcy kary umowne z tego tytułu, w wysokości prawie 2 mln euro.

Zamawiający oraz Przystępujący odnosząc się do twierdzeń Odwołującego oraz przedłożonego na rozprawie pisma z firmy RADKOM z dnia 28 marca 2011 roku wskazali iż Odwołujący powołuje fakty, które miały miejsce po otwarciu ofert, a o jego treści dowiedział się Zamawiający w trakcie rozprawy przed KIO. Tym samym w żaden sposób nie mogły mieć wpływu na ocenę spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Podniósł że stawianie w chwili obecnej, że Świadczenie przejęcia nie potwierdza należytego wykonania kontraktu stoi w sprzeczności z faktem, iż po zakończeniu realizacji tego zamówienia Inżynier kontraktu będący przedstawicielem zamawiającego wystawił Świadczenie przejęcia, a więc uznał, że roboty zostały wykonane w zakresie umożliwiającym eksploatację przedmiotu zamówienia. Wskazali, że świadectwo przyjęcia dotyczyło stwierdzenia prawidłowości wykonania robót ponad trzy lata temu. Inżynier kontraktu w świadectwie przejęcia stwierdził, że przedmiot zamówienia został wykonany prawidłowo mimo kilku wad i usterek, co jednak nie przesądzało o tym, że przedmiot zamówienia nadawał się do eksploatacji. Podnoszone obecnie przez RADKOM zastrzeżenia są raczej nie z względu na usterki w wykonanej inwestycji ,a ze względu na toczący się spór sądowy pomiędzy inwestorem, a wykonawcą tego zamówienia o zapłatę odszkodowania. Z pisma RADKOM wynikają również zastrzeżenia co do usterek i wad przedmiotu zamówienia wynikłych z jego eksploatacji, a więc powstałe w okresie gwarancyjnym.

Zamawiający stwierdził ,że podstawowym błędem w rozumowaniu Odwołującego jest fakt mylenia znaczenia dokumentu, jakim jest protokół odbioru robót oraz Świadczenie przejęcia. Na gruncie kontraktu FIDIC nie ma protokołu odbioru robót, a jest tylko Świadczenie przejęcia. Wydanie świadectwa przejęcia jest skwitowaniem wykonawcy co do wykonania zamówienia. Ponadto wskazuje, iż z pisma RADKOM w żaden sposób nie wynika, iż w chwili obecnej inwestor uchyla się od oświadczenia woli złożonego przez jego reprezentanta tj. inżyniera kontraktu w zakresie wystawienia Świadczenia przejęcia realizowanego kontraktu.

Wobec powyższego, Izba stwierdza, że warunki Kontraktowe FIDIC to powszechnie uznane międzynarodowe standardy – wzorce kontraktowe umów o prace projektowe lub roboty budowlane – opracowywane przez Międzynarodową Federację Inżynierów

Konsultantów FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*). Opisują one przebieg inwestycji budowlanych opartych na wzajemnych obowiązkach i relacjach zamawiającego jako inwestora, wykonawcy jako realizującego budowę oraz inżyniera kontraktu jako administratora przedsięwzięcia. W przypadku przyjęcia dla realizacji kontraktu warunków ogólnych FIDIC oraz warunków szczegółowych, to stają się one integralną częścią umowy, a ich postanowienia stają się wiążące dla zamawiającego/inwestora oraz wykonawcy. Taka sytuacja miała miejsce przy realizacji przedmiotowego kontraktu w Radomiu. Tym samym dla oceny czy zamówienie zostało wykonane w sposób prawidłowy należy stosować – w zakresie braku sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa krajowego, klauzule warunków kontraktowych FIDIC.

Zgodnie z klauzulą 10.1 warunków kontraktowych FIDIC, gdy w opinii wykonawcy roboty budowlane są gotowe do przejęcia, występuje on do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o wystawienie Świadczenia Przejęcia. Inżynier kontraktu jest przedstawicielem inwestora i jego rolą jest nadzorowanie prawidłowej realizacji robót budowlanych, ich odbiór, a także rozstrzyganie ewentualnych sporów pomiędzy stronami umowy. Wystawienie świadectwa Przejęcia umożliwia Zamawiającemu przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie w celu jego używania, a także dokonanie kontroli prawidłowości wykonania zleconych robót budowlanych oraz stwierdzenie ewentualnych wad i usterek. Jednakże należy stwierdzić, że nie jest uzasadnione na gruncie FIDIC twierdzenie, a tym samym oczekiwanie, że wydanie Świadczenia przejęcia oznacza wykonanie robót w 100% oraz, że wydanie świadectwa zwalnia wykonawcę od odpowiedzialności za stwierdzone braki czy niedoróbki. Tym samym należy stwierdzić, że wydanie Świadczenia przejęcia jest pokwitowaniem wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę i jednocześnie pokwitowaniem wydania go zamawiającemu w stanie umożliwiającym jego prawidłową eksploatację, nie wykluczając jednak potrzeby wykonania prac zaległych, a także usunięcia wad i usterek w terminie wskazanym przez Inżyniera kontraktu.

Ponadto Izba uznała, że zgłaszanie przez Odwołującego zarzutów co do prawidłowości stanowiska Zamawiającego w kwestii uznania wydanego Świadczenia przejęcia jako dokumentu potwierdzającego, że roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w sytuacji kiedy pomiędzy stronami tamtego kontraktu toczą się postępowania przed Sądem Okręgowym w Lublinie sygn. IXGC72/10 i IXGC52/10 o odszkodowanie, nie mogą przed wydaniem wyroków w tych sprawach przesądzać o racjach którejkolwiek ze stron. Jednakże winno to być sygnałem dla Zamawiającego iż zapisy w Świadczeniu przejęcia i jego załącznikach mogą wskazywać na pewne uzasadnione wątpliwości co do staranności wykonawcy przy realizacji tego zamówienia.

Tym samym Izba stwierdza, że zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie, a omawiane w/w Świadczenie przejęcia mogło być prawidłowo uznane przez Zamawiającego za wystarczający dokument stanowiący referencję dla wykonawcy posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wymaganej w siwz.

W zakresie do podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących możliwości uznania za spełnienie wymogu wiedzy doświadczenia postawionego w siwz przez Zamawiającego, a dotyczącego doświadczenia nabytego przy realizacji inwestycji pn. Projekt i budowa hali (1) przyjęcia i sortowania oraz Intensywnego kompostowania wraz z liniami technologicznymi" dla Związku Komunalnego Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina" z Kalisza, Odwołujący wskazuje na fakt, że Zamawiający wymagał wykazania się zaprojektowaniem i wybudowaniem zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych. Oznacza to że wykonawca winien wykonać i zaprojektować cały zakład zagospodarowania odpadów. W dalszej części odwołania Odwołujący wskazując na jego zdaniem niezbędne części zakładu, takie aby mógł on pełnić rolę zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych, podniósł zarzut, że w/w inwestycji nie była wykonana istotna część takiego zakładu tj. plac do kompostowania odpadów. Na potwierdzenie słuszności swoich twierdzeń Odwołujący przedłożył opinię prof. Roberta S.

Ponadto wskazał na wymóg określony przez Zamawiającego w PFU pkt 5.5 podanym na str. 39 i 40 opisu przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano wymóg co do niezbędnego zakresu wykonywanych robót celem spełnienia warunku doświadczenia, aby wykonawca wykazał się zrealizowaniem zamówienia o wielkości zbliżonej do przedmiotu zamówienia. Podał iż przy realizacji zamówienia Orli Staw wykonawca udzielający referencji zrealizował tylko pozycje wymienione pod punktami 5, 7-9 z wymaganych przez zamawiającego 40 pozycji. Tym samym przedstawione referencje nie wskazują aby wykonawca realizując zamówienie Orli Staw w Prażuchach nabył doświadczenie w wykonywaniu wymaganego zakresu robót.

W odpowiedzi na te zarzuty Zamawiający stwierdził, że w siwz jednoznacznie rozdzielił zakład unieszkodliwiania odpadów od zakładu zagospodarowania odpadów. Zamawiający w sposób wyraźny rozróżnił pojęcia zakładu unieszkodliwiania odpadów jako opis przedmiotu zamówienia, od zakładu zagospodarowania odpadów jako minimalnego zakresu robót jakimi musi legitymować się Wykonawca, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt. 2 na str. 5 SIWZ odmiennie zdefiniował zakład unieszkodliwiania odpadów, jednakże definicja ta nie ma związku z określeniem zakładu zagospodarowania odpadów w pkt. 9.1.2).a na str. 8-9 siwz jako warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający inaczej rozumie zakład unieszkodliwiania odpadów od zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych, o którym mowa na str. 8/9 SIWZ. Zamawiający używa pojęcia Zakład unieszkodliwiania odpadów na określenie przedmiotu zamówienia - pkt 4 SIWZ. Natomiast

definicja zakładu zagospodarowania odpadów (SIWZ str. 8/9) służy określeniu warunku posiadania wymaganego doświadczenia.

Izba stwierdza, że Zamawiający miał prawo do samodzielnego określenia pojęcia zakładu zagospodarowania odpadów na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Zamawiający ustala obowiązującą w postępowaniu treść s.i.w.z. i wykonawcy mają obowiązek się do niej stosować, tak dalece, jak nie narusza ona przepisów prawa, pod rygorem narażenia się na negatywne konsekwencje. Jeśli zdaniem wykonawcy zapisy postanowień siwz naruszają zasady postępowania prawa zamówień publicznych, lub stwarzają wątpliwości interpretacyjne, to ma on prawo po pierwsze, wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości, a po drugie może skorzystać ze środków ochrony prawnej wnosząc odwołanie do Prezesa KIO. Odwołujący w tym zakresie nie skorzystał z w/w przysługujących mu praw. Ponadto Izba wskazuje na fakt iż nie było intencją Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali się dostawą „całego zakładu”, zgodnie z definicją Odwołującego, zapisaną w odwołaniu z dnia 27.04.2011, ale aby wykazali się spełnieniem warunku sprecyzowanym w pkt 9.1.2) a, siwz.

Aby wywodzić taki wniosek jak to czyni Odwołujący to taki wymóg Zamawiającego musiałby wynikać wprost z postanowień siwz. Ponadto Odwołujący bezzasadnie utożsamia pojęcie zakładu zagospodarowania odpadów z zakładem unieszkodliwiania odpadów, szczególnie w sytuacji gdy definicja zakładu zagospodarowania odpadów została ustalona przez Zamawiającego tylko na potrzeby niniejszego prowadzonego postępowania. Brak jest również podstaw do odwoływania się do ustawy o odpadach gdyż ustawa ta nie definiuje wprost pojęcia zakładu zagospodarowania odpadów ani zakładu unieszkodliwiania odpadów, na gruncie tej ustawy funkcjonują tylko pojęcia „zagospodarowania odpadami” oraz „unieszkodliwiania odpadów”.

Ponadto zasadne jest zdaniem Izby zanegowanie twierdzeń Odwołującego, że zakład unieszkodliwiania odpadów nie może funkcjonować bez placu do kompostowania odpadów, gdyż jak wywodził Zamawiający place kompostowania nie są niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania zakładu. Coraz częściej buduje się zakłady utylizacji odpadów bez placów do kompostowania odpadów, ale są to zdecydowanie droższe inwestycje. W niniejszej inwestycji Zamawiający w pierwszym unieważnionym postępowaniu przetargowym, ustalił wymóg wybudowania zakładu bez placu dojrzwania.

Tym samym Izba uznaje również tą część zarzutu za niezasługującą na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów to Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, na czym miałyby polegać działania Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto wskazać należy, że żaden z wykonawców uczestniczących w przetargu nie został wykluczony, ani żadna oferta nie została odrzucona. Pozycja wykonawców, na liście wyboru oferty

najkorzystniejszej, była wynikiem wielkości kwoty za jaką poszczególni wykonawcy oferowali wykonanie przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.a i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238.

Przewodniczący