

Sygn. akt: KIO 1750/11

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **16 sierpnia 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1750/11 po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Inowrocławiu, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1750/11 po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1750/11 po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawionym szczegółowo w uzasadnieniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz****

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

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

Zamawiający **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z dostawą urządzeń i ich uruchomieniem na Kontrakt nr 1 „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego Obszaru Metropolitalnego”«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i **Nr 87, poz. 484**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

10.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 152-252406.

16.08.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 41 pkt 6 Pzp, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, zamawiający pozbawia zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia.

2. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców, które to warunki dotyczyły dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – przez zawarcie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowych warunków udziału – w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nakładając tym samym na wykonawców

nadmierne warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji.

3. Naruszenie art. 43 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 41 pkt 10 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności przedmiotu zamówienia oraz wartości przedmiotu zamówienia, co jednocześnie narusza obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, uniemożliwiając złożenie rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert przez wykonawców.

4. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 18 ust. 3 pkt 3-5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia, również za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

5. Naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 Pzp przez przyjęcie opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawców adekwatnych punktów odpowiadających kryteriom przyjętym przez zamawiającego dotyczącym kryterium nr 3 parametrów gwarantowanych.

6. Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wskazanie kryterium oceny w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty.

7. Naruszenie przepisów art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny

z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego wynikającego z treści postanowień tej umowy.

Odwolujący wniośł o zmiany:

1. Pkt 1.6 specyfikacji przez przedłużenie terminu wykonania zamówienia z 1.000 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy na 1.440 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy.

2. Pkt III.3 lit. b specyfikacji przez uzupełnienie tego warunku w ten sposób, aby ekspert nr 2 Koordynator ds. Termicznego przekształcania odpadów komunalnych mógł legitymować się zarządzaniem co najmniej dwoma kontraktami na roboty budowlane realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem była budowa lub modernizacja instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych, w tym minimum jednej instalacji o wydajności co najmniej 100.000 Mg/rok.

3. Pkt III.3.b specyfikacji przez uzupełnienie tego warunku w ten sposób, aby ekspert nr 7 Technolog ds. procesu oczyszczania spalin mógł legitymować się braniem udziału w opracowywaniu projektu systemów oczyszczania spalin metodą mokrą lub pół-suchą dla co najmniej dwóch zrealizowanych instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100.000 Mg/rok przynajmniej dla jednej z nich.

4. Pkt III.3 lit. b specyfikacji przez uzupełnienie tego warunku w ten sposób, aby ekspert nr 9 Technolog ds. odzysku energii mógł legitymować się opracowywaniem dokumentacji budowlanej (projektu budowlanego i wykonawczego) dla co najmniej dwóch instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych ze skojarzonym wytwarzaniem energii cieplnej i elektrycznej, z produkcją pary 50 Mg/h, w tym minimum jednej instalacji o wydajności co najmniej 100.000 Mg/rok.

5. Pkt III.3 lit. b specyfikacji przez uzupełnienie tego warunku w ten sposób, aby ekspert nr 14 Specjalista ds. ochrony środowiska mógł legitymować się uczestnictwem w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej oceny oddziaływania na środowisko dla budowy jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych w tym co najmniej jednej instalacji o wydajności 100.000 Mg/rok zakończonej wydaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji o wartości minimum 100.000.000 zł netto objętej decyzją środowiskową.

6. Pkt III.3 lit. b specyfikacji przez zmianę tego warunku w ten sposób, aby ekspert nr 1 Kierownik Kontraktu, ekspert nr 3 Architekt, ekspert nr 4 Projektant sanitarny, ekspert nr 5 Projektant konstruktor, ekspert nr 6 Projektant elektryk, ekspert nr 8 Technolog ds. automatyki i sterowania, ekspert nr 10 Kierownik Budowy mogli legitymować się odpowiednim udziałem w realizacji obiektów instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wartości kontraktu co najmniej 100.000.000 PLN netto, zamiast 300.000.000 PLN netto.

7. Pkt VII.1.1 specyfikacji przez przedłużenie terminu składania ofert z 40 dni do minimum 80 dni, tj. do dnia 26.10.2011 r.

8. Pkt VII.3.1 specyfikacji przez przedłużenie terminu otwarcia ofert do dnia 26.10.2011 r. godz. 12:30.

9. Pkt VIII.1.1 specyfikacji przez dodanie w specyfikacji kryterium oceny, jakim jest przewidywana ilość energii uzyskiwana ze termicznego przekształcania określonej ilości odpadów komunalnych.

10. Pkt VIII. 1.4 specyfikacji przez zmianę tego warunku w ten sposób, że zamawiający poda ceny reagentów, a wykonawca ich zużycie.

11. Pkt VIII.1.5 specyfikacji przez zmianę parametrów wskazanych w tym punkcie w opisie kryterium nr 3 – parametry gwarantowane na wartości wynikające z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 22 kwietnia 2011 r. w sprawie standardów emisyjnych z instalacji (Dz. U. 2011 Nr 95, poz. 558): 3.2 Gwarantowane emisje pyłów – przez wprowadzenie wartości ustawowej 10 mg/m³u, 3.3 Gwarantowane emisje NO_x – przez wprowadzenie wartości ustawowej 200 mg/m³u, 3.4 Gwarantowane emisje HCl – przez wprowadzenie wartości ustawowej 10 mg/m³u, 3.5 Gwarantowane emisje HF – przez wprowadzenie wartości ustawowej 1 mg/m³u, 3.6 Gwarantowane emisje SO₂ – przez wprowadzenie wartości ustawowej 50 mg/m³u, 3.7 Gwarantowane emisje CO – przez wprowadzenie wartości ustawowej 50 mg/m³u, 3.8 Gwarantowane emisje substancji organicznych w postaci gazów i par wyrażonych jako całkowity węgiel organiczny TOCs – przez wprowadzenie wartości ustawowej 10 mg/m³u.

Odwołujący wnosi także o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści załączników do specyfikacji w następującym zakresie:

1. § 3 ust. 4 pkt 1 lit. c i d oraz § 3 ust. 4 pkt 2 Warunków Kontraktu stanowiących treść załącznika nr 2 do specyfikacji przez przeniesienie czynności opracowania projektów wykonawczych na podstawie zatwierdzonych decyzjami o pozwoleniu na budowę projektów budowlanych oraz opracowania Dokumentacji Rozruchowej z ETAPU I (opracowanie

Dokumentacji projektowej) realizacji zamówienia do ETAPU II (realizacja robót budowlanych i dostaw, instalacja urządzeń technologicznych oraz objętego zamówieniem wyposażenia).

2. § 4 ust. 2 Warunków Kontraktu stanowiących treść załącznika nr 2 do specyfikacji przez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca zobowiązany jest zrealizować całość zamówienia w terminie 1440 dni” oraz odpowiednią modyfikację podziału tego czasu na główne etapy realizacji.

3. § 4 ust. 3 Warunków Kontraktu stanowiących treść załącznika nr 2 do specyfikacji przez nadanie mu brzmienia: „Za termin zakończenia Etapu I realizacji Umowy uznaje się datę protokolarnego przekazania ostatniego podetapu tj. projektów budowlanych dla zadań objętych zamówieniem wraz z uzyskanymi na ich podstawie ostatecznymi pozwoleniami na budowę”.

4. § 24 ust. 3 Warunków Kontraktu stanowiących treść załącznika nr 2 do specyfikacji przez uzupełnienie o sformułowanie: „Całkowita odpowiedzialność wykonawcy względem zamawiającego z tytułu niniejszej Umowy nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu niniejszej Umowy”.

5. Treści załącznika nr 4 do specyfikacji: program funkcjonalno-użytkowy Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych – dotyczącej podanej wartości opałowej śmieci 8,5 Mj/kg oraz opisu stanowiska obsługi pojazdów przywożących odpady, a także treści załącznika nr 5 do specyfikacji: program funkcjonalno-użytkowy Stacji Przeladunków Odpadów – przez nakazanie ich dostosowanie zamawiającemu do przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 18 ust. 3 pkt 3-5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp.

Ponadto odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie:

1. Sekcja II.3 przez przedłużenie czasu trwania zamówienia do 1.440 dni.

2. Sekcja III.2.3 przez:

a) uzupełnienie warunku w ten sposób, aby ekspert nr 2 Koordynator ds. Termicznego przekształcania odpadów komunalnych mógł legitymować się zarządzaniem co najmniej dwoma kontraktami na roboty budowlane realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem była budowa lub modernizacja instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych, w tym minimum jednej instalacji o wydajności co najmniej 100.000 Mg/rok,

b) uzupełnienie warunku w ten sposób, aby ekspert nr 7 Technolog ds. procesu oczyszczania spalin mógł legitymować się braniem udziału w opracowywaniu projektu systemów oczyszczania spalin metodą mokrą lub pół-suchą dla co najmniej dwóch zrealizowanych instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100.000 Mg/rok przynajmniej dla jednej z nich,

c) uzupełnienie warunku w ten sposób, aby ekspert nr 9 Technolog ds. odzysku energii mógł legitymować się opracowywaniem dokumentacji budowlanej (projektu budowlanego i wykonawczego) dla co najmniej dwóch instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych ze skojarzonym wytwarzaniem energii cieplnej i elektrycznej, z produkcją pary 50 Mg/h, w tym minimum jednej instalacji o wydajności co najmniej 100.000 Mg/rok,

d) uzupełnienie warunku w ten sposób, aby ekspert nr 14 Specjalista ds. ochrony środowiska mógł legitymować się uczestnictwem w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej oceny oddziaływania na środowisko dla budowy jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych w tym co najmniej jednej instalacji o wydajności 100.000 Mg/rok zakończonej wydaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji o wartości minimum 100.000.000 zł netto objętej decyzją środowiskową,

e) zmianę warunku w ten sposób, aby ekspert nr 1 Kierownik Kontraktu, ekspert nr 3 Architekt, ekspert nr 4 Projektant sanitarny, ekspert nr 5 Projektant konstruktor, ekspert nr 6 Projektant elektryk, ekspert nr 8 Technolog ds. automatyki i sterowania, ekspert nr 10 Kierownik Budowy – mogli legitymować się odpowiednim udziałem w realizacji obiektów instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wartości kontraktu co najmniej 100.000.000 PLN netto, zamiast 300.000.000 PLN netto.

3. Sekcja IV.2.1 przez dodanie kryterium oceny w postaci przewidywanej ilości energii uzyskiwana ze termicznego przekształcania określonej ilości odpadów komunalnych.

4. Sekcja IV.3.4 przez zmianę terminu składania ofert na 26.10.2011 r.

5. Sekcja IV.3.8 przez zmianę terminu otwarcia ofert na 26.10.2011 r., godz. 12:30.

Argumentacja odwołującego

I. Interes odwołującego

Interes odwołującego wyraża się tym, że w razie braku wprowadzenia wnioskowanych zmian, a co za tym idzie utrzymania postanowień, które w ocenie odwołującego są sprzeczne z przepisami ustawy, odwołujący może zostać pozbawiony możliwości złożenia prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, a co za tym idzie możliwości uzyskania zamówienia, jak również zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy na warunkach, które umożliwiają jej wykonanie.

II. Uzasadnienie w zakresie zarzutu z punktu 1 i 3 – zbyt krótki termin składania ofert i niemożliwy do dotrzymania termin wykonania zamówienia

Z art. 7 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przepis ten został przez zamawiającego naruszony m.in. przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, który w sposób znaczący ogranicza dostępność zamówienia, a tym samym zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania uczestników.

Zamawiający ustalił bowiem, że w postępowaniu oferty mają zostać złożone do **15 września 2011 r.**, zatem w terminie 42 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, co miało miejsce **4 sierpnia 2011 r.** Przy czym informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym z **8 marca 2011 r.** Pomimo, że art. 43 ust. 2 Pzp wskazuje, jako minimalny, 40-dniowy termin do składania ofert, to zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie prawa zamówień publicznych, zamawiający powinien termin ten określić uwzględniając „takie kryteria jak: (1) czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, (2) złożoność przedmiotu zamówienia, (3) wartość przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że jeżeli przedmiot zamówienia jest skomplikowany, nietypowy, to i czas niezbędny na przygotowanie oferty nie może się zawierać w czasie minimalnym wskazanym w art. 43 ust. 1-3 Pzp. Należy mieć tu na względzie, że wskazane w komentowanym przepisie terminy minimalne są to terminy średnie, niezbędne do przygotowania oferty na zamówienie typowe. Poza tym należy mieć na uwadze to, że wyznaczenie kryteriów opartych na wartości przedmiotu zamówienia zasadza się na domniemaniu, że wyższa wartość przedmiotu zamówienia to bardziej skomplikowany przedmiot zamówienia i bardziej czasochłonna oferta” (tak: S. Babiaryz w: Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiaryz Stefan, Czarnik Zbigniew „Prawo zamówień publicznych” Komentarz, Warszawa 2010 r.).

Przyjęty termin składania ofert nie uwzględnienia powyższych kryteriów, co narusza wspomniany powyżej obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, uniemożliwiając złożenie rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert przez wykonawców.

Przedmiotem zamówienia o wartości 430.420.000 PLN netto jest wybudowanie pierwszej w Polsce spalarni odpadów komunalnych. Wiąże się to z tym, że żadna z polskich firm, na dzień publikacji ogłoszenia, nie dysponuje odpowiednim personelem, a także zapleczem technicznym umożliwiającym samodzielne wykonanie zamówienia. W związku z tym konieczna jest międzynarodowa kooperacja przedsiębiorców, czego konsekwencją jest potrzeba przetłumaczenia całej dokumentacji dotyczącej zamówienia liczącej blisko 1.000 stron na odpowiedni dla transgranicznego kooperanta język obcy, co trwa 3 tygodnie, a więc 50% dostępnego czasu na złożenie oferty. Co więcej, z uwagi na konieczność zaistnienia transgranicznej kooperacji między przedsiębiorcami, będącej konsekwencją braku w Polsce osób, które dysponowałyby wymaganymi przez zamawiającego kwalifikacjami i doświadczeniem (dotyczy to przede wszystkim ekspertów nr 2, 7, 9 i 14), wykonawcy będą zmuszeni prowadzić postępowanie na gruncie ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 294).

Z dyspozycji art. 7 ust. 3 wskazanej regulacji wynika, że postępowanie w sprawie uznania kwalifikacji powinno się zakończyć wydaniem decyzji nie później niż w terminie trzech miesięcy od dnia złożenia przez wnioskodawcę wszystkich niezbędnych dokumentów. W szczególnych przypadkach termin wydania decyzji może być przedłużony o miesiąc.

Nie powinno także ulegać wątpliwości, że wiarygodna i rzetelna wycena przedmiotu zamówienia oraz przedstawienie parametrów gwarantowanych możliwe jest tylko na podstawie koncepcji architektoniczno-budowlano-technologicznej, której wykonanie – w zakresie niezbędnym do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu trwa około 8 tygodni. Natomiast trwających około 3-4 tygodni czynności wyceny usług można dokonać dopiero po wykonaniu projektu architektoniczno-budowlano-technologicznego.

W ocenie odwołującego, przedstawiona argumentacja jednoznacznie przesądza o tym, że termin składania ofert wskazany przez zamawiającego jest obiektywnie niewystarczający do przygotowania i złożenia przez wykonawców kompleksowej, rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty.

Wyznaczony przez zamawiającego termin w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję i powinien być przedłużony co najmniej o 40 dni.

Termin do składania ofert powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na czasochłonność przygotowania rzetelnej oferty, jak również mieć na względzie wszystkie niezbędne czynności – wymogi, którym wykonawcy muszą sprostać.

Tym samym uznać należy, że obecny termin do złożenia oferty jest zdecydowanie zbyt krótki i może nawet nie wystarczyć do uzyskania dokumentów niezbędnych do

uczestniczenia w przetargu, podczas gdy warunki, których spełnienia te dokumenty mają potwierdzać, są lub będą niewątpliwie spełnione.

Argumentacja ta uzasadnia również żądanie przedłużenia terminu wykonania zamówienia o 440 dni. Zgodnie z treścią zakwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, termin realizacji zamówienia wynosi 1.000 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy.

Z treści załącznika nr 2 do specyfikacji – wzoru umowy – wynika, że zamawiający podzielił realizację przedmiotu zamówienia na 3 etapy: I etap – 270 dni – projektowanie wraz z dokumentacją wykonawczą i rozruchową, II etap – 630 dni – roboty budowlane, III etap – 100 dni – próby końcowe.

W ocenie odwołującego terminy wykonania poszczególnych etapów realizacji przedmiotu zamówienia są niemożliwe do spełnienia i tym samym godzą w zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W swoich obliczeniach zamawiający nie uwzględnił treści postanowień z Decyzji Środowiskowej pkt 2.19 oraz PF-U strona 10 pkt 1 lit. c, zobowiązujących wykonawcę do wykonania przed rozpoczęciem realizacji inwestycji szczegółowej charakterystyki przyrodniczej, którą można wykonać tylko w okresie wegetacji, czyli od kwietnia do września. Dodatkowo, zgodnie z punktem 2.10 Decyzji Środowiskowej wycinkę drzew należy wykonać od października do końca lutego. W związku z tym oraz z uwagi na fakt, że postępowanie przetargowe prawdopodobnie zostanie rozstrzygnięte jeszcze w 2011 r., roboty związane z realizacją przedmiotu zamówienia będzie można rozpocząć dopiero na wiosnę 2013 r. Zatem na pierwszy etap niezbędne jest co najmniej 450 dni.

Ponadto zrealizowanie inwestycji w zakresie wybudowania obiektu spalarni w ciągu 21 miesięcy jest obiektywnie niemożliwe oraz sprzeczne z zasadami sztuki budowlanej. Należy bowiem zauważyć, że samo uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (niezbędne dla wykonania tego etapu) zajmuje około 3 miesięcy. Tym samym roboty budowlane musiałyby być wykonane *de facto* w okresie 18 miesięcy, podczas gdy przeciętny termin budowy spalarni to 30 miesięcy.

Podobny zarzut należy zgłosić również w odniesieniu do etapu III, tj. prób końcowych.

Niezależnie od zasadności ustalenia długości terminu na wykonanie prób końcowych zauważyć trzeba, że zamawiający nie uwzględnił żadnego „marginesu” czasowego na ewentualność niepowodzenia.

Jeżeli doszłoby do zawarcia umowy w niezmienionym kształcie, na zasadzie przepisów art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc byłaby to umowa nieważna, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Konieczne jest zatem wydłużenie terminu wykonania zamówienia do 1.440 dni. Niewątpliwie doszło zatem w powyższym

zakresie do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 41 pkt 6 Pzp, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zatem zamawiający pozbawia wykonawców możliwości uzyskania zamówienia.

III. Uzasadnienie w zakresie zarzutów z pkt 2 – bezzasadnie wysokie, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, warunki dotyczące dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykonawca musi spełnić warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Art. 22 ust. 4 Pzp wymaga, aby opis dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający naruszył oba przytaczane przepisy, doprowadzając równocześnie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania uczestników postępowania. Wymogi stawiane przez zamawiającego w stosunku do osób – ekspertów, mających kluczową rolę w wykonaniu zamówienia, stanowią ograniczenie zasady konkurencyjności.

Zamawiający w stosunku do ekspertów nr 2, 7, 9 i 14 przewidział konieczność legitymowania się tylko i wyłącznie doświadczeniem (szczegółowo opisanym w specyfikacji) zdobytym w inwestycjach dotyczących termicznego przekształcania odpadów komunalnych, podczas gdy wszyscy pozostali eksperci powinni wykazać się bądź to właśnie odpowiednimi kwalifikacjami odnośnie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, bądź to względem instalacji termicznego przekształcania odpadów lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych. Na tej podstawie uznać należy, że zamawiający, formułując bezzasadnie wysokie warunki, które w szczególności muszą spełnić eksperci nr 2, 7, 9 i 14, doprowadził do niezmiernie istotnego ograniczenia liczby osób mogących wykonać przedmiot zamówienia, gdyż w Polsce brakuje osób spełniających tego typu wymagania.

Nie brak natomiast osób, które dają rękojmię rzetelnego i wiarygodnego wykonania przedmiotu zamówienia. Osobami takimi są eksperci, którzy brali udział w inwestycjach pokrewnych do tej, której dotyczy zamówienie.

W szczególności dotyczy to termicznego przetwarzania innych niż odpady komunalne elementów, którymi mogą być w szczególności osady ściekowe czy biomasa. Za bardzo zbliżone należałoby również uznać doświadczenie przy budowie bądź modernizacji bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków czy zakładów chemicznych.

Osoby legitymujące się takim doświadczeniem zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Co więcej stopień skomplikowania wymienionych tu budowli jest porównywalny (bądź wyższy) od stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest podstaw do wykluczenia takich osób z kręgu ekspertów wymaganych przez zamawiającego, zwłaszcza że zamawiający przewiduje i stwierdza, odnośnie ekspertów innych niż eksperci nr 2, 7, 9 i 14, że kwalifikacje dotyczące instalacji termicznego przekształcania osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych są adekwatne dla tożsamyh kwalifikacji dotyczących instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych.

Dlatego nakładanie na wykonawców obowiązku dysponowania osobami, które będą się legitymowały tylko i wyłącznie kompetencjami odnośnie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, jest nieuzasadnione, a także nie jest ani związane z przedmiotem zamówienia, ani nie jest proporcjonalne do jego przedmiotu. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej np. w uchwale KIO z 4 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 104/10). Ponadto w wyroku z 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2770/10) i w sprawach o sygn. KIO/844/10, KIO/1202/10, KIO/1574/10, KIO/1600/10, KIO/1612/10, KIO/1627/10, KIO/2144/10.

Opis warunków dokonany przez zamawiającego, nie został dokonany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, natomiast opis przedmiotowych warunków wykracza poza realizację tego celu. Badanie zdolności wykonawcy posługiwania się osobami, które posiadają szczegółowo określoną kompetencję w sytuacji, gdy ze względu na specyfikę zamówienia, jego zakres oraz złożoność sam zamawiający traktuje ją zamiennie z innymi kompetencjami, jest niedopuszczalne.

Analogicznie przedmiotowy opis oceny spełnienia przez wykonawców warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie jest adekwatny do celu, jakiemu ma służyć – wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. O nieproporcjonalności sposobu dokonywania oceny przedmiotowego warunku, świadczy najlepiej powyżej wykazane wewnętrznie sprzeczne stanowisko samego zamawiającego. W tym miejscu wskazać należy, że zamawiający dodatkowo ustanowił wymóg, aby ekspert nr 14 wykazał się doświadczeniem przez udowodnienie, że brał udział w opracowaniu oceny oddziaływania na

środowisko dla dwóch spalarni komunalnych. W stosunku zaś do ekspertów nr 1, 3-6, 8 i 10 postawiono warunek udziału w inwestycjach dotyczących instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, zakładów chemicznych o wartości jednej inwestycji powyżej 300.000.000 PLN. Zdaniem odwołującego, zastrzeżenia te również uchybiają cytowanym przepisom, nie są uzasadnione, jak również nie są związane z zamówieniem i proporcjonalne do jego przedmiotu, toteż jako dyskryminujące powinny zostać przez zamawiającego bezwzględnie zmienione.

W pierwszej kolejności, w odniesieniu do eksperta nr 14 wskazać należy, że w Polsce do tej pory pełną procedurę uzyskania Decyzji Środowiskowej przeprowadzono tylko dla ok. 3 spalarni. Trzeba więc skonstatować, że zważywszy na przedmiot zamówienia oraz proporcjonalność do jego przedmiotu, za całkowicie wystarczające w tym zakresie jest uczestniczenie w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej oceny oddziaływania na środowisko dla budowy jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Natomiast wartość inwestycji przekraczająca 300.000.000 PLN jest bardzo wygórowana i prowadzi do znaczącego ograniczenia możliwości wykazania się osobami posiadającymi takie doświadczenie. Jednocześnie brak jest podstaw do przyjmowania, że inwestycje o wartości powyżej 100.000.000 PLN nie zapewniają uzyskania wymaganego doświadczenia.

Obie wskazane wartości zaliczyć można do jednakowego „ciężaru gatunkowego”, dodając przy tym, że inwestycji nieprzekraczających 300.000.000 PLN było więcej, niż tych, których wartość przekraczała 300.000.000 PLN.

Ponadto, całkowicie dowolne przyjęcie przez zamawiającego wyższej ze wskazanych wartości nie prowadzi do uzyskania lepszej gwarancji rzetelnego wykonania zamówienia, a jedynie do ograniczenia konkurencyjności i równego traktowania uczestników postępowania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności uznać należy, że niewątpliwie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przez zawarcie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowych warunków udziału, w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nakładając tym samym na wykonawców nadmierne warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Stanowi to naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji.

IV. Uzasadnienie w zakresie zarzutu z punktu 4 – wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Naruszenie tego przepisu prowadzić może równocześnie do naruszenia zasad wymienionych w powoływanym art. 7 Pzp.

Zamawiający nie zrealizował swego podstawowego, opisanego powyżej, obowiązku w zakresie przygotowania postępowania. Doszło bowiem do naruszenia zarówno art. 29 Pzp, jak i art. 7 Pzp, gdyż zamawiający dopuścił się opisanie przedmiotu zamówienia, również za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnych, konkurencyjnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

W skład liczącej blisko 1.000 stron dokumentacji dotyczącej przedmiotowego zamówienia wchodzi bowiem szereg załączników do specyfikacji, które w swej treści są niespójne. Ewidentnym przykładem na istnienie sprzeczności w dokumentacji jest rozbieżność pomiędzy treścią załącznika nr 12 do specyfikacji Decyzje Natura 2000 dotyczącej podanej w Decyzji Środowiskowej wartości opałowej śmieci 7,5 MJ/kg, a treścią załącznika nr 4 do specyfikacji Program funkcjonalno-użytkowy Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych, który wartość opałow^ą śmieci określa na 8,5 MJ/kg. Powyższa rozbieżność pomiędzy wartością opałow^ą śmieci określon^ą w Decyzji Środowiskowej, a t^ą wskazan^ą w programie funkcjonalno-użytkowym Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów powoduje, że wykonawcy nie mogą jednoznacznie określić, na jakie parametry należy projektować spalarnię śmieci. Także technologia opisana w Programie funkcjonalno-użytkowym na stację przeładunkow^ą nie zgadza się z założeniami opisanymi w Programie funkcjonalno-użytkowym spalarni, powodując że te dwa dokumenty są ze sobą niezgodne.

Założeniem zamawiającego jest przetransportowanie ze stacji przeładunkowej do spalarni 1.114 m³ odpadów dziennie za pomocą samochodów z przyczepami. Na jeden transport składają się 2 kontenery o pojemności 32-36 m³ co daje maks. 72 m³ odpadów. Tak więc 1.114 m³ odpadów musiałoby być przewiezione 16 transportami. Kompresja śmieci daje możliwość zmniejszenia tej liczby. Wymogiem zamawiającego jest natomiast wykonanie 8 transportów, co obliguje wykonawców do zmniejszenia objętości odpadów o połowę.

Odwołujący wskazuje, że aby przetransportować strumień odpadów przy 8 transportach, odpady muszą zostać skompresowane do połowy swojej objętości. Standardowym

rozwiązaniem stosowanym na rynku jest zagęszczanie odpadów (ściskanie), a nie prasowanie, w związku z czym przyjęcie takiego rozwiązania technologicznego jest sprzeczne z Programem funkcjonalno-użytkowym mówiącym o tym, że „wyposażenie ma być powszechnie stosowane w tego typu lub podobnych instalacjach a także wyposażenie oraz rozwiązania technologiczne i techniczne (konstrukcyjne) nie mogą mieć charakteru prototypowych, doświadczalnych czy też produkcji jednostkowej”. Zastosowana technologia nie będzie więc rozwiązaniem powszechnie stosowanym na rynku i będzie sprzeczna z postanowieniami Programu funkcjonalno-użytkowego.

Co więcej, zamawiający przyjmuje długość wag samochodowych wynoszącą 18 m. Standardowa długość samochodów z przyczepami wożącymi kontenery o wymaganej pojemności od 32-36 m³ wynosi min. 18-18,5 m. Wynika z tego, że wymagana przez zamawiającego długość wagi jest niewystarczająca. Aby spełnić warunek zamawiającego dotyczący 8 transportów dziennie, w jednym transporcie musi zostać przewiezione 30 Mg odpadów (15 Mg na samochodzie i 15 Mg na przyczepie). Ładowność przyczepy została natomiast określona na 16 Mg. 15 Mg odpadów plus waga pustego kontenera przewyższy wagę 16 Mg, co z kolei uniemożliwia spełnienie warunku liczby transportów.

Nadmienić przy tym należy, że Decyzja Środowiskowa zawiera postanowienia mówiące o planowanych 10 transportach do Bydgoszczy, podczas gdy zamawiający wymaga tylko 8 transportów.

Rozbieżności tej nie sposób jednoznacznie rozstrzygnąć, co z kolei uniemożliwia sporządzenie przez wykonawcę prawidłowej oferty.

Dodatkowo podnieść należy, że zamawiający nie przewidział systemu rozładunku kontenerów ze sprasowanymi odpadami na terenie hali wyładunkowej Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych.

W Programie funkcjonalno-użytkowym dotyczącym spalarni brak jest opisu stanowiska, które będzie przystosowane do obsługi samochodów przywożących skompresowane odpady ze Stacji Przeładunkowej. W punkcie 5.1.3 pkt 7 Programu funkcjonalno-użytkowego spalarni przewidziano takie stanowisko, ale przystosowane jest tylko do rozładunku kontenerów z nieskompresowanymi odpadami.

Brak opisu takiego stanowiska uniemożliwia również wykonawcy wycenę technologii. Jeżeli odpady mają być sprasowane, obowiązkiem zamawiającego jest przedstawienie pełnego rozwiązania dotyczącego systemu rozładunku kontenerów przywożonych ze stacji do spalarni. Z treści załączników do specyfikacji wynika, że część zamówienia została przygotowana w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający odpowiednie przygotowanie oferty. Sytuacja ta dotyczy m.in. powierzchni działki pod budowę kompostowni.

Zamawiający przyjął, że wystarczającym obszarem na przygotowanie kompostowni to 2.200 m², podczas gdy z doświadczenia wynika, że minimalny obszar na tego typu

zabudowę powinien wynosić nawet 10.000 m². W tym przedmiocie dochodzi również do nieścisłości pomiędzy załącznikami do specyfikacji.

Zamawiający wskazał, że do przerzucania kompostu wymaga maszyny do tego dedykowanej, podczas gdy z Decyzji Środowiskowej wynika, że dopuszczalne jest zastosowanie ładowarki kołowej.

Okoliczności te powodują, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niezrozumiały i niejednoznaczny, a więc dodatkowo uzasadniają uwzględnienie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Pzp.

W punkcie II.3.4 lit. d specyfikacji wskazano, że zakres zamówienia obejmuje również uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie zrealizowanego przez niego obiektu. Natomiast w § 3 Warunków Kontraktu, stanowiących załącznik nr 2 do specyfikacji, nie przewidziano, że wykonawca jest zobowiązany do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia.

W § 27 ust. 9 lit. a Warunków Kontraktu za datę zakończenia realizacji przedmiotu umowy przyjęto datę wpisu kierownika budowy do dziennika budowy, a nie uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Na podstawie tego uznać należy, że istnieją istotne rozbieżności i niespójności pomiędzy treścią specyfikacji a Warunków Kontraktowych powodujące, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i nie pozwala w sposób rzetelny wycenić zakresu zobowiązań wykonawcy, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 29 Pzp.

W § 3 ust. 4 lit. c i d Warunków Kontraktu stwierdzono, że Etap I realizacji przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. opracowanie projektów wykonawczych na podstawie zatwierdzonych decyzjami o pozwoleniu na budowę projektów budowlanych oraz opracowanie Dokumentacji Rozruchowej. Natomiast w § 4 ust. 3 Warunków Kontraktu uzależniono zakończenie Etapu I przedmiotu zamówienia od protokolarnego przekazania ostatniego podetapu, tj. Dokumentacji Rozruchowej. Należy stwierdzić, że opracowanie projektów wykonawczych i Dokumentacji Rozruchowej przed faktycznym przystąpieniem do wykonywania przedmiotu zamówienia jest niemożliwe, gdyż wykonanie tego typu projektów i dokumentacji jest konsekwencją wszczęcia procesu budowlanego i zakupu stosownych urządzeń stanowiących wyposażenie Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych. Tym samym stworzenie projektów wykonawczych i Dokumentacji Rozruchowej powinno być elementem Etapu II wykonywania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stworzył Warunki Kontraktowe w oderwaniu od typowych okoliczności związanych z wykonywaniem umowy, a więc z naruszeniem przepisów ustawy.

Konkludując, przedstawione okoliczności jednoznacznie przesądzają o tym, aby stwierdzić, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niespójny, niejednolity, wybrakowany, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie

oferty, a więc wbrew spoczywającemu na zamawiającym obowiązkowi przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Skutkuje to naruszeniem przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, także w zw. z § 18 ust. 3 pkt 3-5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp.

V. Uzasadnienie w zakresie zarzutu z punktu 5 – uniemożliwienie uzyskania przez wykonawców adekwatnych punktów odpowiadających kryteriom przyjętym przez zamawiającego dotyczącym kryterium nr 3 parametrów gwarantowanych

Zamawiający wskazał parametry gwarantowane jako jedno z kryteriów oceny ofert, określając jego wagę na 8%. Jednakże maksymalne punkty jakie może otrzymać wykonawca zgodnie z treścią zakwestionowanych postanowień specyfikacji za te parametry są obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.

Oczekiwane przez zamawiającego parametry są znacznie niższe (ponad 10 krotnie) od stosownych wymaganych przepisami Ministra Środowiska z dnia 22 kwietnia 2011 r. w sprawie standardów emisyjnych z instalacji (Dz. U. z 2011 r. Nr 95 poz. 588), a więc bardziej rygorystyczne.

Różnica wymagań pomiędzy przyjętymi przez zamawiającego, a wymaganymi prawem kształtuje się następująco: Parametr maks. ZTPOK Ustawa emisje pyłów 21 mg/Nm³ 10 mg/m³u emisje NO_x 270 mg/Nm³ 200 mg/m³u emisje HCl 21 mg/Nm³ 10 mg/m³u emisje HF 20,4 mg/Nm³ 1 mg/m³u emisje SO₂ 210 mg/Nm³ 50 mg/m³u emisje CO 20,4 mg/Nm³ 50 mg/m³u emisje TOCs 20,01 mg/Nm³ 10 mg/m³u. W efekcie prowadzi to do całkowitej deprecjacji tego kryterium oceny ofert i uzasadnia przyjęcie, że narusza ona zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania.

Wobec niemożliwości osiągnięcia oczekiwanych przez zamawiającego parametrów gwarantowanych, pozbawia się to kryterium znaczenia. Prowadzi to do wniosku, że tańsze – gorsze technologicznie – rozwiązanie będzie oceniane korzystniej, niż rozwiązanie lepsze, gwarantujące znacznie korzystniejsze parametry emisji. Skoro bowiem nawet bardziej zaawansowana technologia nie może się nawet zbliżyć do oczekiwanych przez zamawiającego parametrów, to oferta złożona przez wykonawców, którzy szansy na uzyskanie zamówienia upatrują wyłącznie w najniższej cenie, będzie oceniana wyżej, niż oferta, która te parametry ma znacznie korzystniejsze, a zarazem jej cena jest wyższa.

Doszło zatem do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 Pzp przez przyjęcie opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawców adekwatnych punktów odpowiadających kryteriom przyjętym przez zamawiającego dotyczącym kryterium nr 3 parametrów gwarantowanych.

VI. Uzasadnienie zarzutu z punktu 5 – określenie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że w kryteria oceny zostały opisane w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty oraz w sposób znacząco ograniczający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania.

Zamawiający, jako jedno z kryterium oceny ofert, wskazał koszty eksploatacyjne oceniając jego wagę na 32%. Ze szczegółowego opisu tego kryterium wynika, że wykonawca ma podać zarówno cenę, jak i ilość zużywanych reagentów. Zamawiający wskazał przy tym, że cena powinna być ceną rynkową, sprawdzalną i możliwą do udowodnienia. Kryterium to prowadzić może do nadużyć ze strony wykonawców, którzy mogą zaniżać wartość reagentów i pomimo gorszej technologii uzyskać większą liczbę punktów.

Tym samym, to zamawiający powinien określić cenę reagentów, od wykonawców wymagając wyłącznie podania ich ilości. W ocenie odwołującego istotnym uchybieniem w zakresie kryteriów oceny ofert jest także pominięcie kryterium ilości wytwarzanej energii.

Efekt termicznego przekształcania odpadów komunalnych będzie m.in. energia, która następnie będzie przez zamawiającego sprzedawana. Tym samym technologia zapewniająca najwyższe parametry uzyskiwanej energii *de facto* przyczyni się do uzyskiwania przez zamawiającego wyższych przychodów z tego tytułu, co powinno mieć istotny wpływ na ocenę ofert.

Pominięcie tak ważnego elementu może doprowadzić do tego, że wybrana zostanie oferta z najgorszą technologią, a zaproponowana cena w efekcie okaże się niekorzystna z uwagi na mniejszy od zamierzonego zysk zamawiającego.

Przy dużej wartości ceny w ogólnej ocenie ofert, brak specyficznych, technicznych kryteriów oceny sprawia, że zamawiający skupia się właściwie tylko na cenie, a nie na proponowanej technologii, czego konsekwencją może być to, że wykonany przedmiot zamówienia nie spełni oczekiwań zamawiającego, a co za tym idzie – osiągnięcie celu zamówienia może być zagrożone.

Konieczne jest dodanie do kryteriów oceny ofert kryterium ilości wytwarzanej energii oraz określenie przez zamawiającego ceny reagentów, tak aby możliwy był wybór

najkorzystniejszej oferty, czego nie można będzie dokonać przy zachowaniu kryteriów oceny ofert w ich dotychczasowym brzmieniu, sprzecznym z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

VII. Uzasadnienie zarzutu z punktu 7 – niedopuszczalne postanowienie umowne

Zgodnie z treścią zakwestionowanego załącznika nr 2 do specyfikacji: Warunki kontaktu § 24 ust. 3, jeżeli kara umowna, z któregokolwiek tytułu wymienionego w ust. 1, nie pokrywa poniesionej szkody, to zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego, na zasadach ogólnych określonych przepisami Kodeksu cywilnego.

Ukształtowanie w ten sposób warunków umowy jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego, jakiego przedmiotowe postanowienie miałyby dotyczyć. Zgodnie z treścią kontraktu, na rzecz zamawiającego zostało zastrzeżone szereg kar umownych, jakiej to instytucji elementarną cechą jest zwolnienie uprawnionego z konieczności wykazywania wysokości szkody oraz zawinienia dłużnika.

Zatem skorzystanie jeszcze przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 484 § 1 zdanie drugie Kc oraz umożliwienie żądania od wykonawcy odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej winno zostać limitowane zgodnie z zasadą równości faktycznej i kontraktowej stron stosunku obligacyjnego przez dodanie zastrzeżenia, że: „Całkowita odpowiedzialność wykonawcy względem zamawiającego z tytułu niniejszej umowy nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu niniejszej umowy”. Wobec braku powyższego postanowienia, dochodzi do naruszenia przepisów art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego wynikającego z treści postanowień tej umowy.

16.08.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

18.08.2011 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

22.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **Warbud SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

22.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

22.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

29.08.2011 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 41 pkt 6 Pzp, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o

świadczenie niemożliwe jest nieważna, zamawiający pozbawia zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia dokonania opisu niektórych parametrów i wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia bez uzasadnienia realnymi potrzebami zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w treść załącznika nr 2 do specyfikacji: Warunki kontraktu w § 4 ust. 2 postanowił, cyt.: »Wykonawca zobowiązany jest zrealizować całość zamówienia w terminie 1.000 dni. Podział tego czasu na główne etapy realizacji umowy przedstawia się następująco:

- 1) Etap I – maksymalnie 270 dni kalendarzowych;
- 2) Etap II – maksymalnie 630 dni kalendarzowych;
- 3) Etap III – maksymalnie 100 dni kalendarzowych«.

W odpowiedzi na odwołanie sam zamawiający przyznał, odnośnie 1.000 dniowego terminu wykonania zamówienia, że cyt. »został on określony biorąc pod uwagę przewidywany zakres robót wynikający z PF-U oraz wiedzę i doświadczenie zamawiającego«. Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę oprócz okresu koniecznego na wykonanie samych robót także pozostałych etapów inwestycji. Zamawiający sam stwierdził na rozprawie cyt. »Na podstawie rozmów z niemieckim EON zamawiający stwierdza, że urządzenia mogą zostać wyprodukowane i dostarczone w ciągu 24 miesięcy« [730 dni].

Dalej zamawiający stwierdził, cyt. »Rozmowy z EON – jednym z wykonawczych podmiotów niemieckich dotyczyły 2 i 3 etapu i 730 dni (24 miesięcy). W Europie są budowane podobne inwestycje w terminie od 31 do 36 miesięcy, a zamawiający określił termin projektowania i budowy na przeciętny poziom 33 miesięcy«.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że pewne czynności wykonawca musi wykonywać w określonych terminach, które wynikają z cykli przyrodniczych: wycinka drzew może być wykonywana do października do końca lutego, szczegółowa charakterystyka przyrodnicza może być wykonywana tylko w okresie wegetacji do kwietnia do września.

Zamawiający też nie wziął pod uwagę, że na terenie Europy jest już kilkaset zrealizowanych podobnych inwestycji, a na terenie Rzeczypospolitej będzie to jednak działanie precedensowe, dlatego nie może bez głębokiego uzasadnienia brać pod uwagę terminów krótszych od najkrótszych występujących w Europie – 31 miesięcy [930 dni].

Dlatego zamawiający musi określić termin wykonania poszczególnych etapów oraz całości inwestycji w sposób uwzględniający wszystkie czynniki występujące w tak rzadko występującej na terenie Polski inwestycji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału

wykonawców, które to warunki dotyczyły dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – przez zawarcie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowych warunków udziału – w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nakładając tym samym na wykonawców nadmierne warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przeprowadzając postępowanie na w zasadzie precedensową, w polskich warunkach inwestycję postawił warunki dotyczące dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które zakwestionował odwołujący. Jednak odwołujący nie wykazał na czym polegałby ten brak proporcjonalności, a tylko wskazał, że cyt. »brak jest podstaw do przyjmowania, że inwestycje o wartości powyżej 100.000.000 PLN nie zapewniają uzyskania wymaganego doświadczenia. Obie wskazane wartości [100.000.000 PLN i 300.000.000 PLN] zaliczyć można do jednakowego „ciężaru gatunkowego”, dodając przy tym, że inwestycji nieprzekraczających 300.000.000 PLN było więcej, niż tych, których wartość przekraczała 300.000.000 PLN«. Mimo, że stwierdzenie odwołującego jest prawdziwe, jednak to zamawiający jest gospodarzem postępowania i on ustala warunki, które muszą odpowiadać wymaganiom i potrzebom prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Odwołujący nie wykazał, że warunki postawione w zamówieniu uchybiają przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych bądź rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. 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).

Wobec precedensowego w Polsce charakteru przedmiotu zamówienia oraz jego wartości sięgającej prawie 450.000.000 PLN netto, odwołujący nie wykazał, że stawianie wymagań uczestniczenia w przedsięwzięciach o wartości 300.000.000 PLN może być uznane za zbyt wygórowane czy nieproporcjonalne, szczególnie wobec możliwości stosowania się do art. 26 ust. 2b Pzp, czego odwołujący nie wziął pod uwagę w należyтым stopniu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców, które to warunki dotyczyły dysponowania odpowiednim potencjałem

technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 43 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 41 pkt 10 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności przedmiotu zamówienia oraz wartości przedmiotu zamówienia, co jednocześnie narusza obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, uniemożliwiający złożenie rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert przez wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający 8 marca 2011 r. opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne odnośnie rozpoznawanego postępowania. W związku z tym zamawiający miał obiektywne uprawnienie do wyznaczenia terminu nie krótszego niż wynikający z art. 43 ust. 3 pkt 1 Pzp. I tak też zamawiający uczynił.

Wykonawcy mający zamiar uczestniczenia w postępowaniu mogli zacząć się przygotowywać do wzięcia udziału w postępowaniu od momentu ukazania się wstępnego ogłoszenia i to jest ideą ustanowienia przepisów o możliwości skracania terminu składania ofert, która przyświecała ustawodawcy.

Ponadto 22 sierpnia 2011 r. zamawiający przedłużył termin składania ofert o 30 dni i ustanowił nowy termin składania ofert na 14 października 2011 r.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut trzeci naruszenia art. 43 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 41 pkt 10 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 18 ust. 3 pkt 3-5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia, również za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, nie uwzględniając wszystkich wymagań

i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert – jest zasadny. Jednak ze względu na zmianę w specyfikacji dokonaną 26 sierpnia 2011 r. przez zamawiającego oraz wyjaśnienia z tej samej daty, Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych zmian w specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty piąty i szósty naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 Pzp przez przyjęcie opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawców adekwatnych punktów odpowiadających kryteriom przyjętym przez zamawiającego dotyczącym kryterium nr 3 parametrów gwarantowanych oraz naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wskazanie kryterium oceny w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty – nie mogą zostać uwzględnione.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo zgodnie ze swoimi zamierzeniami kreować kryteria, a zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp obowiązkowym kryterium jest kryterium ceny oraz inne kryteria, które już nie są obowiązkowe i zamawiający może o nich decydować w uzasadniony sposób. W momencie, gdy dla zamawiającego i wykonawców są istotne inne czynniki, to do kompetencji zamawiającego należy określenie kryteriów, nawet w sposób, który jest dla wykonawcy wydaje się być nieracjonalny. Wobec powyższego zarzut piąty naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 Pzp przez przyjęcie opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wskazanie kryterium oceny w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty – nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut siódmy naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego wynikającego z treści postanowień tej umowy – nie zasługuje na uwzględnienie.

To w gestii zamawiającego jest stanowienie specyfikacji, a w tym – zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp – istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

W przypadku, gdy zdaniem zamawiającego ustanowione kary umowne nie dadzą zamawiającemu zadowalającej rekompensaty szkody, zamawiający może wpisać do treści dokumentu zgodnego z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp postanowienie o możliwości żądania odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary jest dopuszczalne, jeżeli strony tak postanowiły.

Wiąże się to oczywiście z innym ryzykiem wykonawcy, które to ryzyko wykonawca musi uwzględnić wyceniając ofertę. Jednak zawarcie takiego postanowienia nie może być uznane za działanie bezprawne, a także ograniczenie wysokości odpowiedzialności np. do kwoty wartości zamówienia nie jest nakazane przepisami prawa i dlatego zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył 387 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 18 ust. 3 pkt 3-5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....