

WYROK

z dnia 30 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 23 czerwca 2015 r., 26 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność**

gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszynie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszynie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszynie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Budowa kompostowni odpadów biodegradowalnych w systemie zamkniętym wraz z infrastrukturą towarzyszącą zlokalizowaną na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie wraz z dostawą urządzeń na wyposażenie instalacji.*

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

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszynie (zwani dalej „*Odwołującym*”) w dniu 8 czerwca 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, wskazując naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 26 ust. 1 i 2a ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 60 kc i 66 kc, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma

Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszynie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 czerwca 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2015 r.) wykonawcy Zakładu Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (zwanego dalej również: „Przystępującym Foleko”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Budowa kompostowni odpadów biodegradowalnych w systemie zamkniętym wraz z infrastrukturą towarzyszącą zlokalizowaną na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie wraz z dostawą urządzeń na wyposażenie instalacji”. Przedmiot zamówienia został podzielony na cztery zadania: zadanie I: „Budowa kompostowni odpadów biodegradowalnych w systemie zamkniętym wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zlokalizowaną na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie; zadanie II: Dostawa mobilnego przesiewacza bębnowego w ilości 1 szt.; zadanie III: Dostawa przyczepy ciężarowej rolniczej – pojemnika – wozu asenizacyjnego do wypompowywania i przewozu ścieków w ilości 1 szt.; zadanie IV: Dostawa samochodu ciężarowego z zabudową hakową w ilości 1 szt.”.*

/dokumentacja postępowania: Rozdział 3 „Opis przedmiotu zamówienia” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział 5 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”:

Pkt 1 1) b) – O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wszyscy Wykonawcy, którzy:

- 1) spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące m. in. posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zadanie I:

1. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o zamówienie wykaże wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednego zadania polegającego na budowie instalacji do stabilizacji frakcji o wielkości co najmniej 0-80 mm ulegającej biodegradacji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych w technologii opartej na zamkniętych niezależnych tunelach żelbetowych z niezależnym sterowaniem procesu kompostowania ze stropem żelbetowym lub stropem z tworzywa sztucznego wraz z biofiltrem o wydajności minimum 19 000 Mg/rok i wartości nie mniejszej niż 5,0 mln zł wyposażonej w układ napowietrzania i oczyszczania powietrza w biofiltrze lub technologii równoważnej, z podaniem rodzaju wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Warunek ten dotyczy zadania I.
2. Wykonawca przedstawi roczne wyniki badań (t.j. 12 wyników po jednym w każdym miesiącu) z m. in. jednej funkcjonującej instalacji do stabilizacji frakcji o wielkości co najmniej 0-80 mm ulegającej biodegradacji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych, w której Wykonawca brał udział i które wykonane były zgodnie z wypełnieniem zapisów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 1052). Warunek ten dotyczy zadania I.

/dokumentacja postępowania: Rozdział 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/.

Rozdział 6 „Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych od Wykonawców potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”:

Pkt 1 – Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawcy zobowiązani są złożyć w terminie wskazanym w rozdziale 13 i formie określonej w rozdziale 11 SIWZ m. in:

Ppkt 16) Szczegółowy harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy realizacji przedmiotu zamówienia w postaci tabelarycznej, uwzględniający poszczególne etapy, czasookresy i zaangażowanie procentowe dla całego trwania kontraktu – według samodzielnie napisanego załącznika. Harmonogram musi zawierać: ▪ podział przedmiotu zamówienia na poszczególne etapy, czasookresy, które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego, ▪ zaangażowanie procentowe, ▪ terminy wykonania wyszczególnionych części oraz ich ceny. Dokument ten Wykonawca składa dla zadania I.

/dokumentacja postępowania: Rozdział 6 pkt 16 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/.

Wzór Umowy – Załącznik nr 13 do SIWZ

§ 3 Wynagrodzenie i zapłata wynagrodzenia:

- Ust. 3 – Rozliczanie robót odbywać się będzie fakturami częściowymi, obejmującymi części robót wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym przedstawionym w ofercie przetargowej Wykonawcy i zatwierdzonym przez Zamawiającego,
- Ust. 4 Faktury częściowe na roboty, wystawiane będą po wykonaniu, odebraniu i zatwierdzeniu protokołu odbioru robót przez Inspektora nadzoru oraz upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego danej części robót wyszczególnionej w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym,

§ 6 Kary umowne:

Ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- a) Za niewykonanie w terminie przedmiotu umowy – w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki (termin zakończenia robót określono w § 2 ust. 1 niniejszej umowy),
- b) Za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,
- c) Za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1.

§ 14 – Integralną część umowy stanowią załączniki m. in: pkt 3 – Harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy.

dokumentacja postępowania: Wzór umowy – Załącznik nr 13 do SIWZ/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący Foleko złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakładu Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy z dnia 2 czerwca 2015 r./.

Bezspornym jest, że Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał jedynie, że liderem konsorcjum – składanej przez niego oferty – jest Pan J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku. W żaden sposób w ofercie nie oznaczono kręgu podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, nie zostały złożone pełnomocnictwa, umowa konsorcjum, dokumenty rejestrowe czy też oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

/dokumentacja postępowania: oferta wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszyńcu, formularz ofertowy, str. 1 i n./.

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy: Zakładu Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy. Zamawiający dodatkowo w niniejszym piśmie powiadomił o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszyńcu oraz o odrzuceniu tej oferty w niniejszym postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakładu Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy z dnia 2 czerwca 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S.

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszyńcu wnieśli odwołanie w dniu 8 czerwca 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku oraz EKOLBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach oraz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. D. PROBUD z siedzibą w Radomsku oraz Domat Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Brzezinach oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SZYMBUD” z siedzibą w Kruszyńcu z dnia 8 czerwca 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba - rozpoznając zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, z uwagi na brak spełnienia wymagań w zakresie oznaczenia strony podmiotowej oferty złożonej przez konsorcjum - uznała że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych – przez Izbę - materiale dowodowym.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał jedynie, że liderem konsorcjum – składanej przez niego oferty – jest Pan J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. R. Firma Usługowo-Handlowa JOT z siedzibą w Radomsku. W żaden sposób w ofercie nie oznaczono kręgu podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, nie zostały złożone pełnomocnictwa, umowa konsorcjum, dokumenty rejestrowe czy też oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Zatem, nie ulega wątpliwości, że z całości okoliczności nie można było wywnioskować, jaki konkretnie podmiot, w jakim składzie składa ofertę w niniejszym postępowaniu. Nie istniała faktyczna możliwość odczytania woli podmiotu składającego ofertę. Podstawą do stwierdzenia ważności oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest wskazanie w ofercie jakie podmioty tworzą konsorcjum. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący Foleko wyraźnie podkreślali, iż w opisanej sytuacji Zamawiający nie był w stanie ustalić tożsamości podmiotu składającego ofertę w dacie

upływu terminu składania ofert. Wobec tego strona przyjmująca oświadczenie woli – t.j. Zamawiający, nie wiedziała (i nie mogła tego z treści przedłożonych dokumentów wywnioskować) jaki podmiot oświadczenie to złożył. Inna sytuacja miałaby miejsce, gdyby na podstawie już złożonych dokumentów Zamawiający mógł powziąć wiadomość o składzie konsorcjum oraz mógł ustalić, jaki podmiot prawdopodobnie zamierzał złożyć mu ofertę, zatem możliwe byłoby ustalenie woli podmiotu składającego ofertę i wezwanie wykonawców o uzupełnienie dokumentów (i tak wyrok z dnia 20 marca 2014 r., sygn. akt KIO 421/14). Wobec powyższego Izba nie mogła uwzględnić stanowiska Odwołującego wobec tak zaistniałego stanu faktycznego.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego powodującego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – Izba uznała że zarzut ten również nie podlega uwzględnieniu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej analogicznie jak w wyroku z dnia 17 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 188/14 należy zbadać jaki był charakter harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego w niniejszym postępowaniu, czy stanowił merytoryczną zawartość oferty, i czy ewentualny jego brak przesądzał o niezgodności treści oferty z SIWZ, czy też był jedynie elementem pomocniczym składanej przez wykonawcę oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił wprost charakteru tego dokumentu. Jednak po dokonaniu analizy postanowień SIWZ oraz wzoru umowy można dojść do wniosku, że stanowił treść oferty i jego brak mógł skutkować jedynie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Przede wszystkim przesądzają o tym postanowienia wzoru umowy, z których wynika, iż stanowi on integralną część umowy w sprawie zamówienia publicznego (§ 14 wzoru umowy).

Ponadto Zamawiający przewidział fakturowanie częściowe, wskazując, że rozliczanie robót odbywać się będzie fakturami częściowymi, obejmującymi części robót wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym przedstawionym w ofercie przetargowej Wykonawcy i zatwierdzonym przez Zamawiającego. Dodatkowo faktury częściowe na roboty, wystawiane będą po wykonaniu, odebraniu i zatwierdzeniu protokołu odbioru robót przez Inspektora nadzoru oraz upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego danej części robót wyszczególnionej w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym (§ 3 ust. 3 i 4 wzoru umowy). Zatem treść harmonogramu w bezpośredni sposób wpływać miała na rozliczanie kontraktu, decydując o terminach płatności częściowych. Zdaniem Izby, przywołane wyżej postanowienia wzoru przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiły wyraz tego, że Zamawiający nadał

dokumentowi w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego doniosłe znaczenie. Nie podzielono zatem stanowiska, że zobowiązanie to nie stanowi treści oferty. Reasumując zatem Izba stwierdziła, że niezłożenie przez Odwołującego harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego, wymaganego przez Zamawiającego, należało ocenić jako niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ. W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w efekcie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się chybiony. Bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający wezwał wykonawcę o uzupełnienie tego dokumentu, skoro czynność ta została przez Zamawiającego unieważniona, zatem wadliwe czynności zostały przez Zamawiającego – ramach uprawnionej samokontroli – sanowane.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu – Izba uznała że zarzut ten jest zasadny. Zamawiający w treści SIWZ postawił wymóg następującej treści:

Zadanie I:

1. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o zamówienie wykaże wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednego zadania polegającego na budowie instalacji do stabilizacji frakcji o wielkości co najmniej 0-80 mm ulegającej biodegradacji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych w technologii opartej na zamkniętych niezależnych tunelach żelbetowych z niezależnym sterowaniem procesu kompostowania ze stropem żelbetowym lub stropem z tworzywa sztucznego wraz z biofiltrem o wydajności minimum 19 000 Mg/rok i wartości nie mniejszej niż 5,0 mln zł wyposażonej w układ napowietrzania i oczyszczania powietrza w biofiltrze lub technologii równoważnej, z podaniem rodzaju wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Warunek ten dotyczy zadania I.
2. Wykonawca przedstawi roczne wyniki badań (t.j. 12 wyników po jednym w każdym miesiącu) z m. in. jednej funkcjonującej instalacji do stabilizacji frakcji o wielkości co najmniej 0-80 mm ulegającej biodegradacji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych, w której Wykonawca brał udział i które wykonane były zgodnie z wypełnieniem zapisów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 1052). Warunek ten dotyczy zadania I.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że spornego wymogu nie można było – w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej przez tegoż Zamawiającego (dalej zwaną również: „SIWZ” bądź „specyfikacją”) – rozumieć tego jak przedstawiał to Odwołujący na rozprawie. Przede wszystkim należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.

Niedopuszczalnym jest w opinii Izby – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym - interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Należy jednoznacznie zauważyć, że Zamawiający w SIWZ nigdzie nie doprecyzował użytych pojęć „lub technologii równoważnej”, nie doprecyzował jak należy interpretować postawiony warunek. Zamawiający zbyt późno – bo dopiero na etapie oceny ofert – wskazał, jak rozumiał treść postawionego warunku. Takiej informacji nie zawarł w żadnym miejscu SIWZ. Powyższe działanie przeczy samej istocie specyfikacji, która powinna zawierać jasne i klarowne wytyczne – wskazujące wykonawcy chcącemu przystąpić do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – warunki udziału w tym postępowaniu oraz sposób realizacji w przyszłości – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – tego zamówienia. Ponadto – co zostało już potwierdzone w orzecznictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ. W ocenie Izby wykonawcy w żaden sposób nie mają obowiązku „domyślenia się treści specyfikacji”. Bez znaczenia pozostają dowody składane przez Zamawiającego na rozprawie – stosowne analizy oraz dokumenty – wskazujące według Zamawiającego, jaka była rzeczywista treść postanowień SIWZ. W ocenie Izby wobec niedoprecyzowania wymagań w

zakresie postawionego warunku brak jest podstaw do uznania, że istniały podstawy do wykluczenia wykonawców z postępowania. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc jednocześnie pod uwagę, że istniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, z powodu okoliczności wskazanych powyżej, należało uznać że - potwierdzenie się zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp - nie ma wpływu na wynik tego postępowania.

Należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, 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. Z przepisu tego wynika zatem, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania. Zaś za wynik postępowania należy uznać jego rezultat (tj. wybór danej oferty jako najkorzystniejszej, bądź unieważnienie postępowania). W ocenie Izby potwierdzenie się zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp nie może mieć żadnego wpływu na wynik tego postępowania. Jak bowiem wyjaśniono wcześniej, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (analogicznie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14marca 2013 r., sygn. akt KIO 467/13).

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, odwołanie podlegała oddaleniu. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....