

Sygn. akt: KIO 2486/13

WYROK
z dnia 07 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **06 listopada 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 październik 2013 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko - Wapno Bis Sp. z o.o., ul. Mieszka I 2/19, 88-100 Inowrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina”, Pl. Św. Józefa 5, 62-800 Kalisz**, adres do korespondencji: **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych „Orli Staw”, Orli Staw 2, 62-834 Ceków**

przy udziale wykonawcy **Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2486/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko - Wapno Bis sp. z o.o., ul. Mieszka I 2/19, 88-100 Inowrocław i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko - Wapno Bis Sp. z o.o., ul. Mieszka I 2/19, 88-100 Inowrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zaprojektowanie i budowę kwatery II składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z infrastrukturą towarzyszącą na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw” (znak sprawy: UA271.1.11.2013), zostało wszczęte przez Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina”, Pl. Św. Józefa 5, 62-800 Kalisz, adres do korespondencji: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych „Orli Staw”, Orli Staw 2, 62-834 Ceków zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 142-246553 z dnia 24.07.2013 r.

W dniu 14.10.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica zwana dalej: „Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., ul. Matemblewskiej 27, 80-283 Gdańsk zwane dalej: „Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o.”. Nadto, Zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko - Wapno Bis sp. z o.o., ul. Mieszka I 2/19, 88-100 Inowrocław zwane dalej: „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko - Wapno Bis sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Zgodnie z zapisami pkt. 10.1.2. Instrukcji Dla Wykonawców - I części Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Wykonawca musiał wykazać się spełnieniem warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uznałby warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli Wykonawca wykazałby wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- 1) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu robót ziemnych, gdzie w zakres każdego z nich wchodziło formowanie nasypów ziemnych i przemieszczanie mas ziemnych w ilości co najmniej 30 000 m³ każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, i
- 2) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia mineralnego

(z materiałów jednorodnych - Zamawiający za materiał jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) o powierzchni minimum 25 000 m² każde, o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, i

3) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia geomembraną (folia PEHD) o powierzchni minimum 25 000 m² każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

4) co najmniej dwóch zamówień, polegających na wykonaniu instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca miał przedstawić dowody dotyczące najważniejszych robót, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający uznał, że Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. nie spełniło warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż w zakresie określonym w ppkt. 10.1.2.2) i 10.1.2.3) stwierdzono, co następuje:

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. w ofercie z dnia 12 września 2013 roku w Wykazie wykonanych robót budowlanych oświadczyło, że wykonało następujące roboty budowlane spełniające wymagania opisane w ppkt. 10.1.2.2) IDW - dotyczy wierszy 4, 5 i 6:

4.	Ad. 10.1.2. pkt 2) IDW Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach oraz modernizacja kwatery składowania na składowisku odpadów komunalnych w Mianowicach	Urząd Gminy w Kępnie ul. Kościuszki 5 63-600 Kępno	2 163 630,11 zł	06.07.2007 30.04.2009 Składowisko odpadów komunalnych w Mianowicach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
5.	Ad. 10.1.2. pkt 2) IDW	PPHU AGROTRANS A. J. Zalesie Barcińskie 7 Piechcin	2 337 000 zł	IV 2012	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
6.	Ad. 10.1.2. pkt 2) IDW	PPHU AGROTRANS A. J. Zalesie Barcińskie 7 Piechcin	1 476 000 zł	V2010	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław

Na potwierdzenie wykonania ww. robót Wykonawca przedstawił referencje.

Z referencji wystawionych przez PPHU AGROTRANS A. J. wynikało, że przedmiotem robót budowlanych było wykonanie zbiorników na gnojowicę o łącznej powierzchni 26 000 m²

(dotyczy wiersza nr 5 tabeli) i 28 000 m² (dotyczy wiersza nr 6 tabeli). Zamawiający w trakcie oceny oferty stwierdził, że zachodzą wątpliwości co do robót wymienionych w wierszach 5 i 6 w zakresie:

- 1) należytego, zgodnego z zasadami sztuki budowlanej wykonania oraz prawidłowego zakończenia tych robót (dotyczy to m.in. uzyskania pozwolenia na budowę oraz pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenia zakończenia robót budowlanych);
- 2) technologii budowy zbiorników na gnojowicę oraz ich ilości i wielkości powierzchni;
- 3) daty ukończenia inwestycji.

Wyjaśnienia wymagały również roboty wymienione w wierszu 4 w zakresie braku wyszczególnienia prac dotyczących uszczelnienia mineralnego z materiałów jednorodnych w referencjach, które zawierają enumeratywne wymienienie wykonanych prac. W związku z powyższym na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający w dniu 18.09.2013 r. zwrócił się do Wykonawcy: PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. z prośbą o złożenie wyjaśnień w ww. zakresie. Równolegle Zamawiający na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231) zwany dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*”, zwrócił się w dniu 20.09.2013 r. do PPHU AGROTRANS A. J. o przedłożenie dodatkowych informacji na temat wykonanych przez PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. zbiorników na gnojowicę. Odpowiedzi od PPHU AGROTRANS A. J. nie uzyskano. Pismem z dnia 23.09.2013 r. PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. złożyło następujące wyjaśnienia na ww. wątpliwości Zamawiającego w powyższej sprawie:

Ad. 1) *„Nie starano się o pozwolenie na użytkowanie ani nie zawiadamiano o zakończeniu budowy, gdyż tego typu budowle nie wymagały uzyskania pozwolenia na budowę.”*

Ad. 2) *„Wykonano budowle ziemne na kształt płyty i nazwano je między Inwestorem a wykonawcą w umowie zbiornikami. Wykonano je mechanicznie przy użyciu sprzętu budowlanego poprzez wykorytowanie nawierzchni i ułożenie warstwy z gliny na całej powierzchni. Zagęszczono sprzętem mechanicznym. Nadano spadki do środka. (...) Ilość 2 szt. powierzchnia uszczelnienia pierwszego 26 000 m² i drugiego 28 000 m²”*

Ad. 3) Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na to pytanie. Wykonawca w wyjaśnieniach (dotyczy roboty z wiersza 4 Wykazu wykonanych robót budowlanych) stwierdził, że *„Było wykonywane uszczelnienie z materiału mineralnego (piasku gliniastego)- zakres rzeczowy jako warstwa ochronna, jednakże zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 nastąpiła omyłka pisarska i to zadanie miało dotyczyć spełnienia warunku punktu 10.1.2. pkt 1”*. Ze względu na brak odpowiedzi na pismo Zamawiającego, skierowane do PPHU AGROTRANS A. J. i zagmatwane wyjaśnienia w sprawie realizacji zbiorników na gnojowicę w Zalesiu Barcińskim uzyskane od PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o., Zamawiający dokonał

na miejscu przedmiotowej inwestycji wizji lokalnej, przeprowadzonej przy uczestnictwie właściciela PPHU AGROTRANS Pana A. J.a. Na miejscu ww. zbiorników na gnojowicę, zgodnie ze wskazaniem i wyjaśnieniami Pana A. J.a, aktualnie znajdują się: parking wyłożony kostką brukową oraz pole, na którym uprawiana jest kukurydza. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od właściciela PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. wykonało utwardzenie terenu pod parkingiem 0,5 metrową warstwą gliny oraz wykonało zbiorniki na gnojowicę na terenie, gdzie aktualnie znajduje się pole kukurydzy. Pan J. stwierdził, że pierwotnie planował budowę zbiorników na gnojowicę o łącznej powierzchni ok. 4 ha w celu produkcji i wykorzystania biogazu, jednakże po analizie zasadności inwestycji zdecydował się na produkcję kukurydzy i zlikwidował zbiorniki. Dodatkowo Pan A. J. stwierdził, że ww. zbiorniki były budowane „na własną rękę” i dlatego nie starano się o pozwolenie na budowę oraz nie dokonano żadnego zgłoszenia budowy do Starostwa Powiatowego w Żninie.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. w ofercie z dnia 12.09.2013 r. w Wykazie wykonanych robót budowlanych oświadczyło, że wykonało następujące roboty budowlane spełniające wymagania opisane w ppkt. 10.1.2.2) IDW - dotyczy wierszy 7, 8 i 9:

7.	Ad. 10.1.2. pkt 3) IDW Rekultywacja składowiska odpadów zlokalizowanego w miejscowości Sucha, w gminie Białobrzegi	Gmina Białobrzegi ul. Plac Zygmunta Starego 9 26-800 Białobrzegi	1 486 861,21 zł	20.10.2012 Składowisko odpadów komunalnych w m.Sucha	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
8.	Ad. 10.1.2. pkt 3) IDW Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach oraz modernizacja kwatery składowania na składowisku odpadów komunalnych w Mianowicach	Urząd Gminy w Kępnie ul. Kościuszki 5 63-600 Kępno	2 163 630,11 zł	06.07.2007 30.04.2009 Składowisko odpadów komunalnych w Mianowicach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
9.	Ad. 10.1.2. pkt 3) IDW Rekultywacja oraz zamknięcie miejskiego składowiska odpadów w Koluśkach woj. Łódzkie	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. ul. Mickiewicza 4 95-040 Koluśki	1 598 199,48 zł	03.07.2009 30.06.2010 Składowisko odpadów w Koluśkach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław

Wykonawca przedstawił potwierdzenie wykonania robót budowlanych opisanych w wierszach 8 i 9 Wykazu wykonanych robót budowlanych w postaci referencji.

Zamawiający w trakcie oceny oferty stwierdził, że zachodzą wątpliwości co do robót wymienionych w wierszach 8 i 9:

- 1) odnośnie robót wskazanych w wierszu 8 - brak wymienienia prac dotyczących uszczelnienia geomembraną (folią PEHD) w referencji, która zawiera enumeratywne wymienienie wykonanych prac;
- 2) odnośnie robót wskazanych w wierszu 9 - brak w referencji informacji o wielkości powierzchni ułożonej folii PEHD.

W związku z powyższym na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający w dniu 18.09.2013 r. zwrócił się do Wykonawcy: PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. z prośbą o złożenie wyjaśnień w ww. zakresie. Równolegle Zamawiający na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zwrócił się w dniu 20.09.2013 r. do wszystkich wymienionych w wierszach 7, 8, 9 Odbiorców robót budowlanych o przedłożenie dodatkowych informacji na temat wykonanych przez PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. prac i wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego. Na wszystkie powyższe wątpliwości Wykonawca pismem z dnia 23.09.2013 r. odpowiedział w następujący sposób: *„Wiersz 7 - ilość 32 200 m² na wartość brutto 726 668,94 PLN Wiersz 8 - ilość 39 703 m² na wartość brutto 599 914,03 PLN”*. Natomiast w odpowiedzi na pismo Zamawiającego Gmina Białobrzegi pismem z dnia 25.09.2013 r. zaświadczyła, że inwestycja *„Rekultywacja składowiska odpadów zlokalizowanego w miejscowości Sucha, w gminie Białobrzegi”* jest w trakcie realizacji, termin jej zakończenia upłynie 30.10.2013 r., a w ramach realizacji zadania wykonano *„roboty polegające na uszczelnieniu geomembraną o powierzchni minimum 32 200 m² w okresie od 20.10.2013 r. do 03.06.2013 r.”* W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Urząd Miasta i Gminy Kępno pismem z dnia 30.09.2013 r. wyjaśnił, że w ramach zadania pn. *„Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach”* zostały wykonane roboty budowlane dotyczące: *„1. rekultywacji komory na kwotę 745 371,00zł brutto w tym przemieszczanie mas i formowanie nasypów w ilości 44 212,5m³ i uszczelnieniu folia PEHD w ilości 21 793m², 2. komorę składowania - do dalszej czasowej eksploatacji o poj. 51575,00m³ i pow. 1,30ha na kwotę 894 837,00zł brutto w tym przemieszczanie mas i formowanie nasypów w ilości 20 547,5m³ uszczelnienie folia PEHD o powierzchni 17 910,00m².”* Natomiast aktualny zarządzający składowiskiem odpadów komunalnych w Mianowicach: „INWESTOR-KĘPNO” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kościuszki 9, 63-600 Kępno, pismem z dnia 10.10.2013 r. poinformował, iż z posiadanych przez Spółkę „Inwestor-Kępno” Sp. z o.o. dokumentów wynika, że przy „Rekultywacji składowiska odpadów komunalnych” w m. Mianowice gm. Kępno jako uszczelnienie korpusu wypełnionej komory o powierzchni ok. 2 ha zastosowano geomembraną PVC. Z kolei Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Kuluszkach nie odpowiedziało na zapytanie Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. Zamawiający pismem z dnia 24.09.2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. do uzupełnienia następujących dokumentów: 1) Wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dowodami dotyczącymi najważniejszych robót, określającymi, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazującymi, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; 2) zobowiązania podmiotu trzeciego: KWE - Technika sp. z o.o., Bielsko Biała, 3) zobowiązania podmiotu trzeciego: ENER-G Polska sp. z o.o., Warszawa.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.09.2013 r. PW „EKO-WAPNO BIS” Sp. z o.o. złożyło w dniu 03.10.2013 r.: 1) Wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z dowodami dotyczącymi najważniejszych robót określającymi, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazującymi, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; 2) Zobowiązanie podmiotu trzeciego: KWE-Technika sp. z o.o. - oryginał; 3) Zobowiązanie podmiotu trzeciego: ENER-G Polska sp. z o.o. - oryginał; 4) Zobowiązanie podmiotu trzeciego: PUH WĄGRA - oryginał; 5) Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego PUH WĄGRA-oryginał. W uzupełnionym Wykazie wykonanych robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt. 10.1.2. w zakresie ppkt. 10.1.2.2) i 10.1.2.3) Wykonawca oświadczył, że wykonał następujące roboty budowlane:

5.	Ad. 10.1.2. pkt 2) IDW W tym: wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych w ilości: 26 000 m ²	PPHU AGROTRANS A. J. Zalesie Barcińskie 7 Piechcin	Zamówienie wartość całkowita: 2 337 000 PLN W tym: wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych na	30.04.2012 r. Zalesie Barcińskie	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
6.	Ad. 10.1.2. pkt 2) IDW W tym: wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych w ilości: 28 000 m ²	PPHU AGROTRANS A. J. Zalesie Barcińskie 7 Piechcin	wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych na kwotę brutto: 1464 000 zł	28.05.2010 r. Zalesie Barcińskie	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
7.	Ad. 10.1.2. pkt 3) IDW „Rekultywacja składowiska odpadów zlokalizowanego w miejscowości Sucha, w gminie Białobrzegi” W tym: Uszczelnienie geomembraną (folia PEHD) w ilości:	Urząd Miasta i Gminy w Białobrzegach ul. Plac Zygmunta Starego 9 26-800 Białobrzegi	Kontrakt 1 486 861,21 PLN W tym: uszczelnienie geomembraną (folia PEHD) na kwotę brutto 726 668,94 PLN	20.10.2012 do 03- 06-2013 Składowisko odpadów komunalnych w m. Sucha	PW EKO-WAPNO BIS: sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
	Ad. 10.1.2. pkt 3) IDW Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach oraz modernizacja kwatery składowania na składowisku odpadów komunalnych w	Urząd Miasta i Gminy w Kępnie ul. Kościuszki 5 63-600 Kępno	Kontrakt: 2 163 630,11 PLN W tym: uszczelnienie geomembraną (folia PEHD) na kwotę brutto 599 914,03 PLN	06.07.2007 30.04.2009 Składowisko odpadów komunalnych w Mianowicach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław

Po dokonaniu analizy i oceny uzupełnionych dokumentów Zamawiający stwierdza, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał spełniania wymogów określonych w zakresie ppkt. 10.1.2.2) IDW. Żadna z robót budowlanych przedstawionych wierszach 5 i 6 uzupełnionego Wykazu robót budowlanych nie została wykonana w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Zgodnie z powszechnie przyjętą interpretacją tych zasad oznacza to, że roboty budowlane muszą być wykonywane zgodnie z przepisami prawa, a więc m.in. w ramach pozwolenia na budowę, tam gdzie jest to wymagane. Roboty budowlane muszą też zostać prawidłowo ukończone - po pierwsze, zgodnie z umową zawartą z inwestorem oraz po drugie, należy wziąć pod uwagę, kiedy zgodnie z umową, sztuką budowlaną (zwyczajem) i przepisami prawa roboty uważa się za prawidłowo ukończone. Za datę prawidłowo ukończonej inwestycji rozumie się uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie o zakończeniu robót budowlanych do odpowiedniego organu, w tym przypadku Starostwa Powiatowego w Żninie.

Wykonawca oświadczył w wyjaśnieniach z dnia 23.09.2013 r., że wykonał 2 szt. zbiorników o powierzchni uszczelnienia pierwszego 26 000 m² i drugiego 28 000 m² oraz, że nie starano się o pozwolenie na użytkowanie ani nie zawiadamiano o zakończeniu budowy, gdyż tego typu budowle nie wymagały uzyskania pozwolenia na budowę. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 1) lit. c) ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.) zwany dalej: „Pr. Budowlane” pozwolenia na budowę nie wymaga budowa szczelnych zbiorników na gnojówkę lub gnojownicę o pojemności do 25 m³. Ponieważ wykazane zbiorniki na gnojownicę miały z pewnością zdecydowanie większą objętość niż 25 m³ wymagały uzyskania pozwolenia na budowę, a co za tym idzie wymagane stało by się zakończenie inwestycji poprzez pozwolenie na użytkowanie lub zawiadomienie o jej ukończeniu. W związku z powyższym roboty te nie zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej ani nie były prawidłowo ukończone. Zamawiający ponadto stwierdza, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał spełniania wymogów określonych w zakresie ppkt. 10.1.2.3) IDW, ponieważ tylko jedna pozycja, z dwóch, przedstawionych w uzupełnionym Wykazie wykonanych robót budowlanych, spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający uznał roboty budowlane z wiersza 7 Wykazu wykonanych robót budowlanych, ale nie uznał robót budowlanych z wiersza 8 Wykazu wykonanych robót budowlanych, tj. „Rekultywacji składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach oraz modernizacji kwatery składowania na składowisku odpadów komunalnych w Mianowicach”. Zamawiający wymagał m.in., aby Wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia geomembraną (folia PEHD) o powierzchni minimum 25 000 m² każde.

Zapisy Specyfikacji Technicznej ST - 02.00.03 Wykonanie uszczelnienia czaszy i skarp geomembraną z folii PCV, będącej częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sprawie zamówienia publicznego o wartości powyżej 60 tys. euro na roboty budowlane „Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach” (przetarg przeprowadzony przez Urząd Miasta i Gminy w Kępnie - poprzedniego zarządzającego składowiskiem), wymagały dla wykonania ww. uszczelnienia zastosowania folii hydroizolacyjnej z PCV - PLASTPAPY. Aktualny zarządzający składowiskiem „INWESTOR-KĘPNO” sp. z o.o. w swoim piśmie z dnia 10.10.2013 r. potwierdziła, że w ramach inwestycji „Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych” w m. Mianowice gm. Kępno, jako uszczelnienie korpusu wypełnionej komory o powierzchni ok. 2 ha zastosowano geomembrane PVC. Wykonawca w wierszu 8 uzupełnionego Wykazu wykonanych robót budowlanych oświadczył, że wykonał uszczelnienie geomembraną (folia PEHD) w ilości 39 703 m², z czego zgodnie z pismem Miasta i Gminy w Kępnie z dnia 30.09.2013 r. na rekultywację przypada 21793 m² uszczelnienia folią, a na komorę składowania przypada 17 910 m² uszczelnienia folią. Tym samym nie wykazał spełnienia wymogu określonego w ppkt. 10.1.2.3) IDW, tj. wykonania uszczelnienia geomembraną (folia PEHD) w ilości co najmniej 25 000 m².

W dniu 24.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust.1 i 4 i art. 182 ust.1 pkt 1 Pzp odwołanie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko - Wapno - Bis sp. z o.o. na w/w czynności i zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO). Stwierdził, że wnioś odwołanie na:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. wybór oferty najkorzystniejszej,
3. zaniechanie wezwania do wyjaśnienia Odwołującego w zakresie wątpliwości co do wykonania zamówienia uszczelniania folią w ramach rekultywacji składowiska odpadów w Mianowicach oraz pozostałych wykonawców w zakresie warunku określonego w pkt. 10.1.2 ppkt 4 tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na odgazowaniu składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej min. 200 kW.
4. zwracanie się do podmiotów trzecich o udzielenie informacji o Odwołującym. Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:
 1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLECO sp. z o.o. podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna być wybrana oferta Odwołującego,
 2. art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia

faktycznego i prawnego wykluczenia Odwołującego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływa na wynik postępowania

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu złożenia informacji nieprawdziwych,

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia;

5. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania:

a. Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wątpliwości co do wykonania zamówienia uszczelniania folią w ramach rekultywacji składowiska odpadów w Mianowicach oraz

b. Wykonawców Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLECO sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo J.A.T. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie warunku określonego w pkt. 10.1.2 ppkt 4 tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na odgazowaniu składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej min. 200 kW.

6. art. 25 ust. 2 Pzp w zw. z §1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez nieuzasadnione i niezgodne z ustawą pzp zwracanie się do podmiotów trzecich o przedłożenie dodatkowych informacji,

7. art. 7 ust. 1 Pzp - w przedmiocie działań i zaniechań Zamawiającego opisanych wyżej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako niewykluczonego w zakresie pkt. 10.1.2. pkt 2 i 3 SIWZ oraz którego oferta nie została uznana za odrzuconą,

3) wezwanie Wykonawców Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLECO sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa J.A.T. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie warunku określonego w pkt. 10.1.2 ppkt 4 tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na odgazowaniu składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej min. 200 kW.

ewentualnie, w razie konieczności wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia w zakresie wykonania zamówienia uszczelniania folią PEHD na składowisku w Mianowicach, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako oferty ważnej,

Odwołujący wnosił także o przeprowadzenie dowodów ze świadków wskazanych w odwołaniu na okoliczność, iż pani Anna M. nie uczestniczyła w wizji lokalnej w dniu

7.10.2013 r. na terenie siedziby PPHU AGROTRANS A. J. w Zalesiu Brzeskim.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej: siwz] określił w pkt 10.1.2 ppkt 2) i 3) warunki udziału dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia polegające na wykazaniu przez Wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

„2) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelniania mineralnego (z materiałów jednorodnych - Zamawiający za materiał jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) o powierzchni minimum 25 000 m² każde, o wartości co najmniej 1.000.000,00 PLN brutto każde,

3) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelniania geomembraną (folia PEHD) o powierzchni minimum 25 000 m² każde, o wartości co najmniej 500.000,00 PLN brutto każde,

a) które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. W zakresie dokumentów żądanych w celu wykazania spełnienia warunku udziału Zamawiający wskazał, iż: Wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru załącznika nr 4 siwz oraz załączyć dowody dotyczące najważniejszych robót, określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący w dokumencie, który załączył na potwierdzenie spełnienia warunku tj. w wykazie oświadczył, iż wykonał poniższe zamówienia:

Tab. 1

Poz. wykazu	Wymagany zakres zamówienia	Nazwa, adres i dane kontaktowe Odbiorcy (nazwa, adres, nr telefonu)	Wartość zamówienia brutto w PLN	Data i miejsce wykonania zamówienia	Nazwa Wykonawcy
5	ad. 10.1.2. pkt 2) IDW	PPHU AGROTRANS A.J. Zalesie Barcińskie7, Piechcin	2 337 000 zł	IV.2012	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
6	ad. 10.1.2. pkt 2) IDW	PPHU AGROTRANS A.J. Zalesie Barcińskie7, Piechcin	1476 000 zł	V.2010	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
7	ad. 10.1.2 pkt 3) IDW Rekultywacja składowiska odpadów zlokalizowanych w miejscowości Sucha, w gminie Białobrzegi	Gmina Białobrzegi, ul. Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi	1 486 861,21 zł	20.10.2012 r. Składowisko odpadów komunalnych w m. Sucha	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
8	ad. 10.1.2 pkt 2) IDW Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach oraz modernizacja kwatery składowania na składowisku odpadów komunalnych w Mianowicach	Urząd Gminy w Kępnie, ul. Kościuszki 5, 63-600 Kępno	2163 630,11 zł	06.07.2007 30.04.2009 Składowisko odpadów komunalnych w Mianowicach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
9	ad.10.2 pkt 3) Rekultywacja oraz zamknięcie miejskiego składowiska odpadów w Koluszkach woj. łódzkie	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Mickiewicza 4, 95-040 Koluszki	1 598 199,48 zł	03.07.2009 30.06.2010 Składowisko odpadów w Koluszkach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław

Do wykazu zostały dołączone referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, w tym referencje na potwierdzenie pkt 5 i 6 wykazu, z których wynikało, że Odwołujący wykonał na zlecenie zbiorniki na gnojowicę, gdzie zakres robót obejmował roboty ziemne wraz z uszczelnieniem mineralnym i uszczelnieniem folią.

Zamawiający w trakcie oceny ofert stwierdził, że zachodzą wątpliwości co do robót wymienionych w pkt 5,6, 8 i 9 wykazu i zwrócił się pismem z dnia 18.09.2013 r. o wyjaśnienia w zakresie jn.:

1. [poz. nr 5 i 6 wykazu] Zamawiający prosi o szczegółowe wyjaśnienie dotyczące wykonania w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej tych zadań (dot. nr 5 i 6), mianowicie prosi o wyjaśnienie:

a) technologii budowy tych zbiorników z uwzględnieniem badania szczelności warstwy mineralnej,

b) ilości i wielkości powierzchni wybudowanych zbiorników

c) daty ukończenia inwestycji, rozumianej jako uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych do starostwa powiatowego.

2. [poz. nr 8 wykazu) braku wymienienia w referencji prac dotyczących uszczelniania geomembraną (folią PEHD)

3. [poz. nr 9 wykazu) braku w referencji wielkości powierzchni ułożonej folii PEHD

Równolegle, Zamawiający na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zwrócił się pismem z dnia 20.09.2013 r. do osób trzecich o przedłożenie dodatkowych informacji na temat zamówień wskazanych w wykazie.

Odwołujący pismem z dnia 23.09.2013 r. wyjaśnił, iż:

Ad. 1a. Wykonano budowle ziemne na kształt płyty i nazwano je między inwestorem a wykonawcą w umowie zbiornikami. Wykonano je mechanicznie przy użyciu sprzętu budowlanego poprzez wykorytowanie nawierzchni i ułożenie warstwy z gliny na całej powierzchni. Zagęszczono sprzętem mechanicznym. Nadano spadki od środka.

Ad. 1b. ilość 2 szt., powierzchnia uszczelniania pierwszego 26 000 m² i drugiego 28.000 m².

Ad. 1c. Nie starano się o pozwolenie na użytkowanie ani nie zawiadamiano o zakończeniu budowy, gdyż tego typu budowle nie wymagały uzyskania pozwolenia na budowę.

Urząd Gminy w Kępnie pismem z dnia 30.09.2013 r. wyjaśnił, iż w ramach zadania (poz. nr 8 wykazu) zostały wykonane roboty budowlane dotyczące:

1. rekultywacji komory na kwotę 745 371,00 zł brutto w tym przemieszczanie mas i formowanie nasypów w ilości 44 212,5 m³ i uszczelnienia folią PEHD w ilości 21 793 m²

2. komorę składowania - do dalszej czasowej eksploatacji o poj. 51 575,00 m³ i pow. 1,30 ha na kwotę 894 837,00 zł brutto w tym przemieszczanie mas i formowanie nasypów w ilości 20 547,5 m³ uszczelnienia folią PEHD o pow. 17 910 m².

Inwestor Kępno sp. z o.o. pismem z dnia 10.10.2013 r. poinformował, iż z posiadanych dokumentów wynika, że „*Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych*” w m. Mianowice gm. Kępno jako uszczelnienie korpusu wypełnionej komory o powierzchni ok. 2 ha zastosowano geomembranę PCV. Dalej, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wykazu wykonanych robót wraz z dowodami (...) oraz dwóch zobowiązań podmiotów trzecich KWE-Technika Sp. z o.o. i ENER-G Polska Sp. z o.o.

Odwołujący uzupełnił wykaz zawierający poz. 5,6,7 i 8 o następujące oświadczenia:

Poz. wykazu	Wymagany zakres zamówienia	Nazwa, adres i dane kontaktowe Odbiorcy (nazwa, adres, nr telefonu)	Wartość zamówienia brutto w PLN	Data i miejsce wykonania zamówienia	Nazwa Wykonawcy
<u>5</u>	ad. 10.1.2. pkt 2) IOW w tym wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych w ilości 26.000 m ²	PPHU AGROTRANS A. J. Zalesie Barcińskie Piehcin	2 337 000 PLN w tym wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych na kwotę 1817 000 PLN	30.04.2012 Zalesie Barcińskie	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
<u>6</u>	ad. 10.1.2. pkt 2) 1DW w tym wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych w ilości 28.000 m ²	PPHU AGROTRANS A. J. Zalesie Barcińskie Piehcin	w tym wykonanie uszczelnienia z materiałów jednorodnych na kwotę 1464 000 PLN	28.05.2010 Zalesie Barcińskie	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
<u>7</u>	ad. 10.1.2 pkt 3) IDW Rekultywacja składowiska odpadów zlokalizowanych w miejscowości Sucha, w gminie Białobrzegi w tym uszczelnianie geomembraną (folia PEHD) w ilości 32 200 m ²	Gmina Białobrzegi, ul. Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi	kontrakt 1 486 861,21 pin w tym uszczelnianie geomembraną (folia PEHD) na kwotę brutto 726 668,94 PLN	20.10.2012 r. do 03.06.2013 r. Składowisko odpadów komunalnych w m. Sucha	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław
<u>8</u>	ad. 10.1.2 pkt 2) IDW Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach oraz modernizacja kwatery składowania na składowisku odpadów komunalnych w Mianowicach w tym uszczelnianie geomembraną (folia PEHD) w ilości 39 703 m ²	Urząd Gminy w Kępnie, ul. Kościuszki 5, 63-600 Kępno	kontrakt: 2 163 630,11 pin w tym uszczelnianie geomembraną (folia PEHD) na kwotę brutto 599 914,03 PLN PLN	06.07.2007 30.04.2009 Składowisko odpadów komunalnych w Mianowicach	PW EKO-WAPNO BIS sp. z o.o. ul. Mieszka 1 2/19 88-100 Inowrocław

W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnił

warunku udziału dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia z uwagi na to, że:

- [warunek z pkt 10.1.2. ppkt 2)] zamówienia wskazane w poz. 5 i 6 wykazu nie zostały wykonane należycie oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, gdyż nie uzyskały pozwolenia na użytkowanie lub nie zgłoszono ich zakończenia do starostwa Powiatowego w Żninie. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 1 lit. c Pr. Budowlanego pozwolenia na budowę nie wymaga budowa szczelnych zbiorników na gnojówkę lub gnojowicę o pojemności do 25 m³. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego winien on uzyskać pozwolenie na budowę, gdyż wskazane przez niego zbiorniki znacznie przekraczały pojemność 25 m².
- [warunek z pkt 10.1.2. ppkt 3)] zamówienie wskazane w poz. 8 wykazu nie potwierdziły, że uszczelnianie wykonano z folii PEHD, gdyż Inwestor - Kępno sp. z o.o. poinformowała, iż z posiadanych przez nią dokumentów wynika, że poprzedni zarządzający składowiskiem

Urząd Miasta i Gminy w Kępnie prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na rekultywację odpadów komunalnych w Mianowicach, gdzie jednym z postanowień Specyfikacji Technicznej ST - 02.00.03 Wykonanie uszczelnienia czaszy i skarp geomembraną z folii PCV. Dodatkowo, Zamawiający oparł się na piśmie Urzędu Miasta i Gminy w Kępnie, z którego wynika, że w zakresie zamówienia z poz. 8 wykazu Odwołującego na rekultywację przypada 21 793 m² uszczelniania folią PEHD, a na komorę składowania przypada 17 910 m² uszczelniania folią PEHD. Dodatkowo Zamawiający uznał, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, nie wskazując jakie informacje określa jako nieprawdziwe. Zgodnie z powyższym Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu) wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku czego jego oferta została uznana za odrzuconą.

[brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia Odwołującego]

Zamawiający nie wskazał w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazanej w dniu 14.10.2013 r. Odwołującemu jakie informacje złożone przez Odwołującego uznał za nieprawdziwe i mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie przedstawił uzasadnienia prawnego w tym zakresie, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Samo przytoczenie treści przepisu będącego podstawą wykluczenia nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne czy prawne:

W konsekwencji czego, Zamawiający nie wykazał ponad wszelką wątpliwość

- a) umyślnego,
- b) zawinionego i
- c) celowego działania Odwołującego i w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego i uzyskania zamówienia)
- d) polegającego na przekazaniu informacji nieprawdziwych, i mających wpływ na wynik postępowania

Zasadność takiej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdza orzecznictwo sądów okręgowych, w tym SO Warszawa - Praga w Warszawie wyrok z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: IV Ca 638/2012 oraz SO w Toruniu wyrok z dnia 06.12.2012 r., sygn. akt: VI Ga 134/2012 oraz wykładnia przepisów dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, (wyrok KIO z dnia 20.03.2013 r., sygn. akt: KIO 527/13).

Jednocześnie Odwołujący podkreśla, iż nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji. Niedopuszczalnym jest wymuszanie przez zamawiającego, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec niego przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego (wyrok KIO z dnia 18.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1159/12)

[niespełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2. ppkt 2) siwz] Zamawiający określił treść warunków udziału w sposób następujący:

[pkt 10.1.2. ppkt 2) siwz] Wykonanie co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia mineralnego (z materiałów jednorodnych - Zamawiający za materiał jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia z powodu niespełnienia tego warunku Zamawiający przytoczył treść zapytania do PPHU AGROTRANS A. J.a, na które nie uzyskał odpowiedzi, wyjaśnienia Odwołującego oraz wnioski z przeprowadzonej wizji lokalnej. W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż wizja lokalna, czy notatka z wizji lokalnej nie jest dowodem wiarygodnym w niniejszej sprawie.

1. Albowiem Zamawiający nie jest uprawniony na gruncie Pzp do dokonywania wizji lokalnej u prywatnego przedsiębiorcy. Zatem dowód ten został przeprowadzony bezprawnie.
2. Z ostrożności przyjęcia, iż Zamawiający może dokonywać wizji lokalnych Odwołujący podnosi, iż czynności w postaci wizji lokalnej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonały osoby nieuprawnione. Zgodnie z Regulaminem pracy komisji konkursowej Zamawiającego Przewodniczący może przydzielać sekretarzowi i członkom komisji do wykonania określone czynności wynikające z jej zadań.
3. Pan Arnold K. nie jest członkiem komisji i zgodnie z dokumentacją postępowania nie został upoważniony do wykonania czynności w jej imieniu.
4. Odwołujący ma uzasadnione podstawy, aby twierdzić, że drugą osobą, która została wskazana w notatce jako uczestnicząca w wizji lokalnej nie była pani Anna M., mimo, że złożyła podpis pod notatką służbową. Dlatego też Odwołujący wnosi o powołanie świadków Doroty B. i Renaty B. na okoliczność tego, że pani Anna M. nie uczestniczyła w wizji lokalnej w dniu 07.10.2013 r. na terenie siedziby PPH AGROTRANS A. J. w Zalesiu Barcińskim.
5. Zdaniem Odwołującego błędnie określono przedmiot wizji wskazując, iż są to zbiorniki na gnojowicę, natomiast przedmiotem wizji powinno być wykonanie uszczelnienia mineralnego określonej wielkości.

6. Osoby uczestniczące w wizji nie dokonały odkopania części warstwy ziemi w celu sprawdzenia czy pod nią znajdują się przedmiotowe uszczelnienie. W związku z tym zaniechaniem dokonano błędnych ustaleń faktycznych polegających na przyjęciu a priori, bez sprawdzenia, że przedmiotowa inwestycja dotyczyła budowy zbiorników.

7. Nadto osoby dokonujące wizji, zgodnie z notatką dokonały oceny prawnej inwestycji, która stała się podstawą uzasadnienia wykluczenia Odwołującego. Stwierdziły one, iż nie spełniono warunku odnośnie wykonania w sposób należyty budowy zbiorników, w treści notatki brakuje odniesienia się do posiadanych przez te osoby specjalizacji czy kompetencji z zakresu wydawania opinii z dziedziny prawa budowlanego, czy zamówień publicznych.

8. Powołanie się na zdjęcia w serwisie internetowym nie zostało potwierdzone poprzez załączenie tych zdjęć do akt postępowania. Jednocześnie Odwołujący podnosi, że jest to okoliczność nieistotna, gdyż nie potwierdza, ani nie zaprzecza, że uszczelnienie zostało wykonane.

9. Notatka jest wewnętrznie sprzeczna, gdyż w jej podsumowaniu stwierdza się, że nie ma pewności co do zrealizowania inwestycji polegającej na budowie zbiorników, a z drugiej strony „*bez wątpliwości*” zarzuca się realizację tej inwestycji w sposób nienależyty i niezgodnie ze sztuką budowlaną oraz zarzuca się nieprawidłowe jej ukończenie.

10. Nadto z wizji lokalnej nie został spisany protokół pod którym mógłby podpisać się Pan A. J. uwiarygodniając treść złożonych oświadczeń.

Odnosząc się natomiast do oceny spełniania warunku udziału na gruncie treści oferty Odwołującego podnosi on, iż Zamawiający dokonał błędnej jego oceny zgodnie z uzasadnieniem poniżej: Znaczenie warunku należy ustalić przede wszystkim na gruncie jego treści, w odniesieniu do pojęć i zwrotów tam użytych (wyrok KIO z dnia 18.01.2012 r., sygn. akt: KIO 34/12). Zgodnie z literalną wykładnią warunku, uznać należy, iż w pojęciu „zamówienia” mieści się pojęcie roboty budowlanej, której elementem jest wykonanie uszczelnienia, jak i także samodzielna usługa polegająca na uszczelnieniu. Dopiero w odniesieniu do żądanych dokumentów w celu wykazania spełniania warunku udziału Zamawiający powołał się w treści tych dokumentów na roboty budowlane oraz dowody dotyczące najważniejszych robót określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący podnosi, że z Pzp wynika oczywista prawidłowość, iż treść warunku udziału w postępowaniu determinuje treść dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania określonego warunku udziału, a nie odwrotnie. Tym samym Odwołujący musiał wykazać się wykonaniem zamówienia tj. roboty budowlanej czy usługi, (wyrok KIO z dnia 16.02.2012 r., sygn. akt: KIO 113/12, wyrok KIO z dnia 7.03.2012 r., sygn. akt: KIO 343/12). Natomiast umieszczenie w treści wzoru formularza wykazu sformułowania „*roboty budowlane*” jest nieistotne z punktu widzenia oceny spełniania warunku udziału.

Dlatego też wskazane w poz. 5 i 6 wykazu Odwołującego zamówienia, Zamawiający winien był ocenić pod kątem wymagań granicznych opisanych w treści warunku, czyli jako zamówienie, a nie w odniesieniu do treści dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia warunku, jako wyłącznie roboty budowlane. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia rzetelnej oceny złożonych dokumentów w odniesieniu do treści warunku udziału, a ze stwierdzenia „roboty budowlane” i „wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone” umieszczonego we wzorze formularza wykazu czy treści referencji uczynił podstawę kwalifikacji spełnienia warunku udziału. Odwołujący podkreśla, iż wskazane przez niego zamówienie w poz. 5 i 6 SIWZ stanowiły usługi niepodlegające przepisom Prawa budowlanego. Dokonując analizy czy na przedmiotowe zamówienie wskazane jako warunek udziału w poz. 5 i 6 wykazu konieczne jest pozwolenie na budowę i czy w ogóle niniejsze prace podlegają pod przepisy Prawa budowlanego, należy brać pod uwagę faktyczny zakres rzeczowy wykonanych prac, a nie ich nazwę nadaną przez Inwestora czy Odwołującego. Idąc za tezą Krajowej Izby Odwoławczej, to charakter i zakres zamówienia charakteryzuje jego rodzaj, a nie nazwa (wyrok KIO z dnia 16.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1778/09) Zamawiający dysponował informacją o zakresie prac z oświadczeń obu stron i mógł prawidłowo ocenić czy czynności wykonane w ramach zamówienia są zbiornikiem

w znaczeniu art. 29 ust 1 pkt 1 lit. c w zw. z art. 3 pkt 3) prawa budowlanego, czy też nie są zbiornikiem, a zostały jedynie tak nazwane przez strony zawartych obydwu umów (przez Odwołującego i PPHU AGROTRANS A. J.). W konsekwencji czego, powinien ocenić czy w związku z tym, że nie są robotą budowlaną to wymagają dla prawidłowości wykonania, jedynie potwierdzenia przez Inwestor ich należytego wykonania.

W zakresie analizy „zbiornika” przepisy prawa budowlanego oraz obszerne orzecznictwo sądów administracyjnych potwierdza, iż zbiornikiem jest tylko taki obiekt budowlany stanowiący budowlę, która stanowi całość techniczno - użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 16 grudnia 2010 r., III SA/Po 675/10, wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 grudnia 2010 r., I SA/Łd 1288/10, NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., II OSK 1640/10, NSA z dnia 29 września 2006 r., II OSK 1155/05, NSA z dnia 7 grudnia 2007 r., II OSK 1659/06). Wskazane przez Odwołującego zamówienie nie było robotą budowlaną, czyli nie było budową, obiektem budowlanym, ani budowlą w znaczeniu prawa budowlanego. Stwierdzić należy, iż zamówienie wskazane w poz. 5 i 6 wykazu nie było wykonaniem zbiornika na gnojowicę, a jedynie zostało tak nazwane przez strony umowy, a z uwagi na zakres rzeczowy wykonanych prac uznać należy, że wskazane zamówienie jest usługą, a nie robotą budowlaną w znaczeniu Prawa budowlanego, i dlatego dla oceny jej należytego wykonania (tj. zgodności z umową łączącą strony) nie wymaga się zgodności ze sztuką budowlaną czy prawidłowego ukończenia.

W związku z powyższym i w oparciu o złożone w toku postępowania oświadczenia Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z powodu nie spełnienia powyższego warunku udziału.

[niespełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2. ppkt 3) SIWZ] Zamawiający określił treść warunków udziału w sposób następujący: [pkt 10.1.2 ppkt 3) SIWZ] Wykonanie co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia geomembraną (folią PEHD) o powierzchni minimum 25 000 m² każde. Odnośnie spełniania warunku udziału wykazanego w poz. 8 wykazu Odwołującego podnosi on, iż ze złożonych w sprawie oświadczeń i wyjaśnień Odwołującego i podmiotów trzecich wynika, że Odwołujący wykonał zamówienie polegające na uszczelnieniu geomembraną w ilości co najmniej 25 000 m², mianowicie wynika to z:

a) oświadczenia w poz. 8 wykazu o wykonaniu uszczelniania geomembraną PEHD w ilości 39 703 m²

b) wyjaśnienia Urzędu Miasta i Gminy Kępno w zakresie wykonania jednego zamówienia polegającego na uszczelnianiu folią PEHD w ramach rekultywacji w ilości 21 793 m² oraz w ramach komory składowania 17 910 m².

Natomiast Wyjaśnienie Urzędu Miasta i Gminy Kępno stanowi jedynie uszczegółowienie wykonania zamówienie na uszczelnienie folia PEHD przez Odwołującego i nie kwestionuje oświadczenia złożonego przez Odwołującego. Dalej, Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia powołał się na informację uzyskaną od Inwestor- Kępno sp. z o.o. w piśmie z dnia 4 października 2013 r., iż z posiadanych przez spółkę dokumentów wynika, że przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia zastosowano geomembraną PVC. Informacja ta jest niewiarygodna, gdyż po pierwsze podmiot ten udzielił informacji na podstawie posiadanych dokumentów nie wskazując jakie to są dokumenty i czy stanowią pełną dokumentację postępowania, po drugie oświadczenie inwestora na rzecz którego zamówienie było wykonane i który wystawił referencje ma całkowicie odmienną treść. Powyższe nie powinno spowodować uznania przez Zamawiającego, że nie spełnia on warunku udziału, a mogło jedynie wzbudzić jego wątpliwość. Zgodnie z powyższym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp uznając, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z powodu niespełnienia warunku udziału.

[zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień]. Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu jw. stwierdzić należy, iż w dokumentacji niniejszego postępowania znajdują się trzy oświadczenia dotyczące zamówienia uszczelniania folią, z których jedno jest odmiennie treści niż dwa pozostałe. W tym zakresie wystarczające byłoby, a nawet konieczne na tle powyższych ustaleń faktycznych zwrócić się do samego Odwołującego o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, dlaczego w specyfikacji technicznej zamówienia na rekultywację składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach pojawił się wymóg

uszczelniania folią PCV podczas, gdy zgodnie z oświadczeniem Urzędu Miasta i Gminy Kępno zamówienie wykonano za pomocą folii PEHD. Odwołujący podkreśla, iż własne ustalenia Zamawiającego (pismo z Inwestor-Kępno sp. o.o.) należy ocenić z należytą starannością, tak aby nie naruszyć zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przypadku korzystania z informacji pochodzących z innych źródeł niż Wykonawca, zgodnie z wyrokiem z dnia 26.10.2010, sygn. akt: KIO 2244/10, Zamawiający winien umożliwić Wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, gdyż w przeciwnym razie narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z powyższym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp poprzez niezwrócenie się do Odwołującego w celu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wykonania zamówienia na składowisku odpadów w Mianowicach.

[zaniechanie wezwania pozostałych Wykonawców do wyjaśnień] Zamawiający określił treść warunków udziału w sposób następujący: [pkt 10.1.2. ppkt 4) siwz] Wykonanie co najmniej dwóch zamówień polegających na instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW każde. Wykonawca Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLECO sp. z o.o. złożyła oświadczenie w poz. 7 wykazu wykonanych zamówień, iż posiada doświadczenie w wykonaniu instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej 382 kW. Natomiast z treści załączonych referencji wystawionych przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych EKOSYSTEM sp. z o.o. dla EKOWAT sp. z o.o. wynika, iż w ramach niniejszego zamówienia wykonano dostawę, montaż i uruchomienie dwóch agregatów Tedom Cento T180 SPI z odzyskiem ciepła o łącznej mocy 382 Kw. Przedsiębiorstwo J.A.T. sp. z o. o złożyła oświadczenie w poz. 8 wykazu wykonanych zamówień, iż posiada doświadczenie w wykonaniu instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej 382 kW. Natomiast z treści załączonych referencji wystawionych przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych EKOSYSTEM sp. z o.o. dla EKOWAT sp. z o.o. wynika, iż w ramach niniejszego zamówienia wykonano dostawę, montaż i uruchomienie dwóch agregatów Tedom Cento T180 SPI z odzyskiem ciepła o łącznej mocy 382 kW. Powyższe sprzeczności pomiędzy wykazem a referencjami obydwóch wykonawców nie zostały przez Zamawiającego w ogóle wyjaśnione. Tym samym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 Pzp. Z kolei w kontekście zwraca się o obszernie wyjaśnienia do Odwołującego oraz wyjaśniania treści referencji, które w żadnym z przypadków nie dotyczyły sprzeczności pomiędzy wykazem a referencjami w ofercie Odwołującego świadczą o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

[zwrócenie się bezpośrednio do podmiotów trzecich] Pismem z dnia 18.03.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zanim Odwołujący złożył

wyjaśnienia odnośnie przedłożonego wraz z ofertą wykazu zamówień oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie, Zamawiający zwrócił się pismami z dnia 20.09.2013 r. do 9 podmiotów trzecich określonych w tabeli poniżej o przedłożenie dodatkowych informacji w powodu m.in. nie podania w treści referencji parametrów wykonanych zamówień oraz informacji dotyczących zamówień, które nie powinny być przedmiotem badania i oceny biorąc pod uwagę warunki graniczne określone w opisie warunków udziału. Co więcej Zamawiający zwracał się także w późniejszym okresie do innych podmiotów, a nawet przeprowadził wizję lokalną, zgodnie z notatką uzyskaną wraz z udostępnieniem akt całego postępowania. Podstawą prawną zwrócenia się przez Zamawiającego do podmiotów trzecich był w przeważającej części §1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z uzasadnieniem do niniejszego rozporządzenia (projekt z dnia 5 lutego 2013 r.) przesłankami skorzystania z niniejszego uprawnienia są sytuacje, gdy:

„(1) wykaz lub dowody, budzą jego wątpliwości, a także

(2) gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać zaświadczenia lub poświadczenia od podmiotu na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonywane, w szczególności w sytuacji dotyczącej robót budowlanych, dostaw lub usług niewykonanych lub wykonanych nienależycie oraz

(3) gdy wykonawca w miejsce poświadczenia złożył oświadczenie,

mógł zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów.” Żadna z powyższych przesłanek nie zaistniała w niniejszym postępowaniu. Dalej, czytamy w uzasadnieniu do rozporządzenia: Nie mamy tu bowiem do czynienia z sytuacją, gdy wykonawca, w określonym terminie nie złożył wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub złożone przez wykonawcę wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, ani też z sytuacją, gdy konieczne jest złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Z uwagi na to, iż podstawą wielu wezwań były braki w treści referencji, wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO tzw. referencje nie muszą dokładnie oddawać i obrazować wszystkich szczegółów z nimi związanych - wystarczające jest jeżeli dają się zidentyfikować jako odnoszące się do prac wykazywanych w wykazie i potwierdzają prawidłowość ich wykonania. Badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione, ponieważ referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu. Spełnianie warunków potwierdza bowiem sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie). Dlatego stawianie przez zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych wymagań, co do treści składanych dokumentów, mających potwierdzać należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie, nie znajduje uzasadnienia w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów. (wyroki KIO z dnia 12.04.2011 r., sygn. akt: KIO 694/11, wyrok KIO z dnia 20.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2187/10, wyrok KIO z dnia 04.03.2011 r., KIO 327/11, wyrok KIO z dnia 26.05.2011 r., sygn. akt: KIO 744/11). Nadto Zamawiający zwracając się o wyjaśnienia do podmiotów trzecich zgodnie z ustawą pzp nie może wykraczać poza treść sformułowanego warunku udziału, jak stało się w przypadku PPHU AGROTRANS A. J., Zakładu Komunalnego sp. z o.o. w Opolu i SYNTHOS DWORY sp. z o.o. Odwołujący wyjaśnił, iż zapoznał się z treścią pism kierowanych do kilkunastu podmiotów po wyborze oferty najkorzystniejszej po udostępnieniu mu protokołu postępowania wraz z załącznikami. W poniższej tabeli przytoczone zostały wszystkie zapytania kierowane do osób trzecich w zakresie oferty złożonej przez Odwołującego w celu pokazania skali uchybienia i umożliwienia oceny przez KIO czy kilkunastokrotne (nieuzasadnione i niezgodne z ustawą pzp) zwracanie się do podmiotów trzecich o podanie dodatkowych informacji w związku z referencjami nie należałoby uznać za poszukiwanie możliwości odrzucenia oferty Odwołującego. W tym zakresie zastosowanie znajduje wyrok KIO z dnia 06.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2509/11 stosowany a contrario, w którym uznano, iż kilkakrotne wzywianie do udzielenia wyjaśnień w dokładnie tym samym zakresie, mimo informacji wykonawcy, iż nie ma wiedzy w zakresie wymaganych okoliczności, niezbędnych dla zamawiającego do dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może zostać uznane za poszukiwanie przez zamawiającego możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy.

L.P.	Podmiot trzeci, do którego zwrócił się Zamawiający (wraz z datą zapytania)	Podstawa prawna	Podstawa faktyczna	Zasadność zwrócenia się w świetle ustawy pzp
1.	Urząd Miasta i Gminy Białobrzegi 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem przedłożenia referencje przez Odwołującego podmiot trzeci miał potwierdzić wykonanie zamówień i poinformować o dacie prawidłowego ukończenia	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
2.	Lęgnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem przedłożenia referencje przez Odwołującego podmiot trzeci miał potwierdzić wykonanie zamówień i poinformować o dacie prawidłowego ukończenia	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
3.	SITA-JANTRA sp. z o.o. 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku ze złożonymi referencjami Zamawiający zwrócił się o jednoznaczne wyjaśnienie czy w ramach wskazanego zamówienia wykonano łącznie instalacje do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
4.	Urząd Miejski Starachowice 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem podania w referencji informacji na temat ilości formowania nasypów ziemnych i przemieszczania mas oraz wielkości i wartości robót Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych informacji	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
5.	Urząd Miasta i Gminy Kępno 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem podania w referencji czy wykonano uszczelniania mineralne z materiałów jednorodnych i folii PEHD Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych informacji	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego

6.	Urząd Miejski w Koluszkach 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem podania w referencji informacji na temat ilości formowania nasypów ziemnych i przemieszczania mas oraz wielkości i wartości robót Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych informacji	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
7.	Koluszkowe Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem podania w referencji informacji na temat powierzchni ułożonej folii PEHD oraz wartości wykonania uszczelnienia folią Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych informacji	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
8.	PPH AGROTRANS AJ. 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku ze złożonymi referencjami Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia: 1) technologii budowy zbiorników. 2) materiału, grubości warstwy mineralnej oraz jej Dowierzchni i technologii układania z uwzględnieniem sposobu badania jej szczelności. 3) ilości i wielkości wybudowanych zbiorników. 4) daty ukończenia inwestycji rozumianej jako uzyskanie Dozwolenia na budowę lub zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych do starostwa Powiatowego 5) wartości netto robót dotyczących wyłącznie wykonania uszczelniania mineralnego. Jednocześnie zobowiązał podmiot trzeci do przedłożenia kopii zgłoszenia budowy albo decyzji pozwolenia na budowę oraz kopii zgłoszenia zakończenia budowy albo decyzji Dozwolenia na użytkowanie	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
9.	Zakład Usług Komunalnych USCOM sp. z o.o. 20.09.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku ze złożonymi referencjami Zamawiający zwrócił się o jednoznaczne wyjaśnienie czy w ramach wskazanego zamówienia wykonano łącznie instalacje do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
10.	Urząd Miasta i Gminy Kępno 3.10.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	Wyjaśnienie odnośnie zastosowanego materiału do wykonania uszczelnienia czaszy i skarp oraz komory składowania składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach, gdyż zapisy siwz w tamtym postępowaniu wymagały zastosowania folii PCV	Uzasadnione wątpliwości
11.	Zakład Komunalny sp. z o.o. w Opolu 4.10.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem podania w referencji czy zrealizowana jednostka kogeneracyjna była z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych informacji i wyjaśnienie celu na jaki wykorzystano ciepło pozyskane w drodze kogeneracji oraz średnia moc cieplna.	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
12.	Inwestor - Kępno sp. z o.o. 4.10.2013 r.	prawnej	W związku z tym, że w siwz postępowania na składowisko odpadów w Mianowicach pojawia się zapis o zastosowaniu folii PCV Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie jaki materiał został użyty w rzeczywistości w celu uszczelnienia, folia PCW czy PEHD.	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
13.	SYNTHOS DWORY sp. z o.o. 4.10.2013 r.	§1 ust. 5 rozporządzenia ws rodzajów dokumentów	W związku z brakiem podania w referencji czy zrealizowana jednostka kogeneracyjna była z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych informacji i wyjaśnienie celu na jaki wykorzystano ciepło pozyskane w drodze kogeneracji oraz średnia moc cieplna..	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego
14.	PPH AGROTRANS AJ. 07.10.2013 r. Wizja lokalna (Anna Macke, Arnold Krysztalowicz)	Brak podstawy prawnej	Przedmiotem wizji lokalnej miały być zbiorniki na gnojowicę w kontekście wykazania warunku udziału określonego w pkt 10.1.2 pkt 2 SIWZ	Nieuzasadnione i niezgodne z prawem zwrócenie się do podmiotu trzeciego

W konsekwencji stwierdzić należy, iż czynność badania i oceny ofert nie była przeprowadzona zgodnie z ustawą pzp skutkiem czego Zamawiający bezpodstawnie

wykluczył Odwołującego. Tym samym w związku z naruszeniami przepisów Pzp wskazanymi w treści odwołania Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20.01.2012 r., sygn. akt: KIO 49/12, wyrokiem KIO z dnia 29.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2666/11, wyrokiem KIO z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2509/11, wyrokiem KIO z dnia 16.11.2009 r., sygn. akt: KIO 2389/10).

Zamawiający w dniu 24.10.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., która wносиła o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 05.11.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddalił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

1) z dokumentów:

- a) dokumentacja postępowania,
- b) zdjęcia wydrukowane z serwisu internetowego maps-google.pl,
- c) fragment Specyfikacji Technicznej z SIWZ dotyczącej rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - folia PCV - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c=6569>,
- d) odpowiedzi Miasta i Gminy Kępno z dnia 14.05.2007 r. 115.05.2007 r. o rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - wydruk ze strony internetowej <http://bip.kepno.pl/?c=6569>,
- e) wydruk artykułu z Gazety Internetowej „Kronika Wąchocka” ze strony internetowej <http://wachock.info/2013/04/20/alarm-katastrofa-ekologiczna-w-marcinkowie-dawne-wysypisko-odkrylo-smieci/>.

2) z przesłuchania Pani Anny M.,

3) z przesłuchania stron. Zgodnie z zapisami SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, wobec, których brak było podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie Pzp oraz, którzy spełniali warunki udziału, dotyczące m.in.:

„10.1.2. Posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uzna warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

1) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu robót ziemnych, gdzie w zakres każdego z nich wchodziło formowanie nasypów ziemnych i przemieszczanie mas ziemnych w ilości co najmniej 30 000 m³ każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zastały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, i

2) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia mineralnego (z materiałów jednorodnych - Zamawiający za materiał jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) o powierzchni minimum 25 000 m² każde, o wartości ca najmniej 1 000 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, i

3) co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia geomembraną (folia PEHD) o powierzchni minimum 25 000 m² każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, i

4) co najmniej dwóch zamówień, polegających na wykonaniu instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

10.1.2.1 W celu wykazania spełniania niniejszego warunku Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do niniejszej IDW oraz załączyć dowody dotyczące najważniejszych robót, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. (W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie - w tym celu ww. dokumenty ma obowiązek złożyć ten lub ci z Wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnianie tego warunku).

10.1.2.2 Za najważniejsze roboty budowlane uznaje się roboty spełnienia warunku określonego w pkt, 10.1,2,, tj.:

1) zamówienie o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto, polegające na wykonaniu robót ziemnych, gdzie w jego zakres wchodziło formowanie nasypów ziemnych i przemieszczanie mas ziemnych w ilości co najmniej 30 000 m³, które zostało wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

2) zamówienie o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto, polegające na wykonaniu uszczelnienia mineralnego (z materiałów Jednorodnych - Zamawiający za materiał jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) o powierzchni minimum 25 000 m², które zostało wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

3) zamówienie o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto, polegające na wykonaniu uszczelnienia geomembraną (folia PEHO) o powierzchni minimum 25 000 m², które zostało wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

4) zamówienie o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto, polegające na wykonaniu instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW, które zostało wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

10.1.2.3 Dowodami, o których mowa powyżej są:

1) poświadczenie,

2) inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, a którym mowa w pkt 1)."

Do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący oświadczał w wierszach 5 i 6 w Wykazie wykonanych robót budowlanych (załączonym do oferty jak i w uzupełnionym); że wykonał ROBOTY BUDOWLANE spełniające, wg Odwołującego, wymagania opisane w pkt. 10.1.2. IDW - I Części SIWZ. Jako „dowody dotyczące najważniejszych robót, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej prawidłowo ukończone” (fragment ww. pkt. 10.1.2. ppkt 2) Odwołujący dla wierszy 5 i 6 Wykazu wykonanych robót budowlanych przedstawił dwie referencje wystawione przez PPH U AGRROTRANS A. J., z których wynikało, że przedmiotem robót budowlanych było wykonanie zbiorników na gnojowicę o łącznej powierzchni 26 000 m² (dotyczy wiersza nr 5 tabeli) i o łącznej powierzchni 28 000 m² (dotyczy wiersza nr 6 tabeli). Z referencji tych jasno wynikało, że wykonano więcej niż dwa zbiorniki. Dodatkowo, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 23.09.2013 r.:

„a/ Technologia budowy:

Wykonano budowle ziemne na kształt płyty i nazwano je między inwestorem a wykonawcą w umowie zbiornikami. Wykonana je mechanicznie przy użyciu sprzętu budowlanego poprzez wykorytowanie nawierzchni i ułożenie warstwy z gliny na całej powierzchni, Zagęszczono sprzętem mechanicznym. Nadano spadki do środka. (...)

b/ Ilość 2 szt. Powierzchnia uszczelnienia pierwszego 26 000 m² i drugiego 28 000 m²

c/ Nie starano się o pozwolenie na użytkowanie oni nie zawiadamiano o zakończeniu budowy, gdyż tego typu budowle nie wymagały uzyskania pozwolenia na budowę". Zgodnie

z przepisem art. 29 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.): „Pozwolenia na budowę nie wymaga budowa:

1) obiektów gospodarczych związanych z produkcją rolną i uzupełniających zabudowę zagrodową w ramach istniejącej działki siedliskowej: (...)

b) płyt do składowania obornika,

c) szczelnych zbiorników na gnojówkę lub gnojowicę o pojemności 25 m³(...),

ale zgodnie z przepisem art. 30 ust. 1 tej ustawy: „Zgłoszenia właściwemu organowi wymaga, z zastrzeżeniem art. 29 ust. 3: 1) budowa, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1-3, 5-19 i 20a-21; (...).” Tak więc, zgodnie z powyższymi zapisami budowa zbiorników wymaga co najmniej zgłoszenia we właściwym starostwie powiatowym, ale ze względu na wielkość przedmiotowych zbiorników, wywnioskować należy, że wymagała pozwolenia na budowę. W związku z tym zgodnie z przepisami art. 54 i 55 tej ustawy wymagała też zgłoszenia do właściwego organu zakończenia prac budowlanych lub pozwolenia na użytkowanie. Wraz z uzupełnionym Wykazem wykonanych robót budowlanych Odwołujący złożył w dniu 03.10.2013 r. m. in. dowód w postaci oświadczenia, w którym przesądził ostatecznie w postępowaniu o tym, że wykonał jednak zbiorniki na gnojowice, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo je ukończył. W świetle powyższego stwierdził, że Odwołujący nie wykonał robót z poz. 5 i 6 Wykazu wykonanych robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i nie ukończył ich prawidłowo, co implikuje brak wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt 10.1.2 ppkt 2) i tym samym wykluczenie Wykonawcy oraz odrzucenie jego oferty. Potwierdzeniem powyższego stanowiska Zamawiającego jest również wyrok KIO z dnia 01.03.2013, sygn. akt: KIO 363. Tym samym powyższe oświadczenie Odwołującego stanowi nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania – art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Zamawiającego nieprawda ta została wykazana w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego, w ramach informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Z treści złożonego odwołania wynika, że w międzyczasie - już po wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący zmienił zdanie, co do rodzaju zamówienia, które wykonał dla PPHU AGROTRANS. W odwołaniu Odwołujący zaczął nagle twierdzić, że nie wykonał robót budowlanych tylko, że „wskazane przez niego zamówienie w poz. 5 i 6 siwz stanowiły usługi niepodlegające przepisom Prawa budowlanego.”. Zapis ten budzi wielkie zdziwienie Zamawiającego, ponieważ z treści pkt. 10.1.2.1. wyraźnie wynikało, iż Wykonawca miał przedłożyć Wykaz wykonanych robót budowlanych. Jednak nawet, gdyby Zamawiający hipotetycznie (z ostrożności przyjęcia) uznał wykonanie „tego czegoś”, czyli „budowli ziemnych na kształt płyty, nazwanych między Inwestorem a wykonawcą w umowie zbiornikami” za usługę, to i tak zmuszany byłby do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia, jego oferty, gdyż zgodnie z zapisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19

lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 2311: „§ 1.1 w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawę", zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 3) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; (...)"

W poz. 6 Wykazu wykonanych robót budowlanych Odwołujący oświadczył, że wykonał zamówienie w dniu 28.05.2010 r., czyli przekroczył ww. wymagany 3-letni okres referencyjny dla usług (termin składania ofert upłynął 13.09.2013 r.). W związku z tym nie wykazałby wykonania „co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia mineralnego (z materiałów jednorodnych - Zamawiający za materiał Jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) o powierzchni minimum 25 000 m³ każde, o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone” w wymaganym dla usług 3-letnim okresie i tym samym też nie wykazałby spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt 10.1.2. ppkt 2). Reasumując powyższe, Odwołujący ewidentnie nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt 10.1.2. ppkt 2), niezależnie od tego czy wskazane w poz. 5 1 6 Wykazu wykonanych robót budowlanych zamówienia należy traktować jako roboty budowlane czy hipotetycznie jako usługi. Konkludując w każdym przypadku Odwołujący zostałby wykluczony, a jego oferta zostałaby odrzucona. Podsumowując dotychczasowe rozważania w aspekcie przepisu z art. 192 Pzp, zdaniem Zamawiającego nawet uwzględnienie przez KIO pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu nie wpłynęłoby na wynik postępowania. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 26.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2244/10. Mimo stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego powyżej, Zamawiający poniżej odnosi się do niektórych zapisów odwołania. AD. USTALENIA FAKTYCZNE pkt I. Odwołujący przedstawił w tendencyjny sposób wybrane przez siebie zapisy SIWZ. AD. USTALENIA FAKTYCZNE pkt II. W ocenie Zamawiającego Odwołujący celowo rozmija się z prawdą, gdyż:

- w Wykazie wykonanych robót budowlanych (załączonym zarówno do oferty, jak i w tym uzupełnionym) oświadczył, że wykonał „następujące roboty budowlane spełniające wymagania opisane w pkt 10.1.2. niniejszej IDW” natomiast w odwołaniu napisał, że „w wykazie oświadczył, iż wykonał poniższe zamówienia”;

- twierdzi, że „wykonał na zlecenie zbiorniki na gnojowice, gdyż zakres robót obejmował roboty ziemne wraz z uszczelnieniem mineralnym I uszczelnieniem folią”, co jest sprzeczne z jego innymi twierdzeniami, że świadczył usługę.

AD. USTALENIA FAKTYCZNE pkt III. Ad. wersy 15-17 na str. 4. W ocenie Zamawiającego Odwołujący celowo rozmija się z prawdą, gdyż twierdzi, że Zamawiający zwrócił się „do osób trzecich o przedłożenie dodatkowych informacji na temat zamówień wskazanych w wykazie”, gdy tymczasem Zamawiający zwrócił się do podmiotów trzecich jako podmiotów na rzecz których „były wykonane roboty budowlane wskazane przez Wykonawcę w Wykazie wykonanych robót budowlanych (...) o przedłożenie dodatkowych informacji na ten temat”. Ponadto w wersie 25 na str. 4 Odwołujący ponownie poddaje w wątpliwość rodzaj zamówień wykonanych na rzecz PPHU AGROTRANS, ponieważ sam używa wyrazu „budowle”, by w innym miejscu odwołania posługiwać się określeniem usługa na te zamówienia.

AD. USTALENIA FAKTYCZNE pkt IV. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w nierzetelny sposób przedstawił niektóre zapisy zawarte w przedstawionej w odwołaniu tabeli 2, gdyż nie odpowiadają one zapisom zawartym w uzupełnionym Wykazie wykonanych robót budowlanych.

AD. USTALENIA FAKTYCZNE pkt V. Ad. 1. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący celowo nie posługuje się sformułowaniami użytymi przez Zamawiającego, Tendencyjnie, uparcie zamiast zwrotu roboty budowlane używa wyrazu zamówienie, gdy tymczasem Zamawiający napisał: „Żadna z robót budowlanych przedstawionych w wierszach 5 i 6 uzupełnionego Wykazu robót budowlanych nie została wykonana w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.” Ad. 2. Odwołujący ponownie nie posługuje się sformułowaniami użytymi przez Zamawiającego, używając uparcie zamiast zwrotu roboty budowlane wyrazu zamówienie. Ponadto nieprawdą jest, że „Inwestor - Kępno sp. z o.o. poinformowała, iż z posiadanych przez nią dokumentów wynika, że poprzedni zarządzający składowiskiem Urząd Miasta I Gminy w Kępnie prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na rekultywację odpadów komunalnych w Mianowicach, gdzie Jednym z postanowień Specyfikacji Technicznej ST - 02.00,03 Wykonanie uszczelnienia czaszy i skarp geomembraną z folii PCV.”. W rzeczywistości aktualny zarządzający składowiskiem „INWESTOR-KĘPNO” Sp. z o.o. w swoim piśmie z dnia 10.10.2013 r. poinformowała wyłącznie, te „z posiadanych przez Spółkę „Inwestor-Kępno” Sp. z o.o. dokumentów wynika, że przy „Rekultywacji składowiska odpadów komunalnych” w m. Mianowice gm. Kępno, jako uszczelnienie korpusu zapełnionej komory o powierzchni ok. 2ha zastosowano geomembrane PVC”.

AD. UZASADNIENIE PRAWNE (brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia Odwołującego) Nieprawdą jest, że Zamawiający nie zawarł w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego I prawnego wykluczenia Odwołującego,

ponieważ niniejsze uzasadnienia stanowiły element Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia, poprzez przytoczenie oświadczeń Odwołującego w kontekście brzmienia aktualnie obowiązującego prawa, Zamawiający wykazał mijanie się Odwołującego z prawdą. Co, zdaniem Zamawiającego, miało na celu wpływanie na korzystny dla Odwołującego wynik postępowania, Zamawiający w pełni zastosował wszystkie instytucje przewidziane prawem poprzez wezwanie do wyjaśnień, pytania z § 1 ust. 5 rozporządzenia oraz wezwanie do uzupełnienia dokumentów w celu rzetelnego ustalenia stanu faktycznego. Mimo takich działań Odwołujący niezmiennie poprzez swoje oświadczenia składane w toku postępowania mijał się z prawdą. To potwierdza zawinione, umyślne i celowe wprowadzanie w błąd Zamawiającego, aby uzyskać zamówienie. Na marginesie zauważył, że doświadczony, profesjonalny Wykonawca, działający od wielu lat na rynku budowlanym, winien posiadać elementarną wiedzę, m.in. na temat przepisów prawa i umiejętność ich prawidłowej interpretacji oraz stosowania w praktyce. Nie są to Jedyne wątpliwości Zamawiającego co do profesjonalizmu Odwołującego, W trakcie całego postępowania dało się niejednokrotnie odczuć budzący zdziwienie Jego brak, np. przede wszystkim Odwołujący oświadczył, że wykonał „budowle ziemne na kształt płyty” nazwane „między Inwestorem a wykonawcą w umowie zbiornikami” i do tej pory nie wytłumaczył w sposób przejrzysty i rzetelny co to było za zamówienie. Właśnie te dwa zamówienia miały stanowić podstawę pozytywnej weryfikacji spełnienia warunku w zakresie pkt. 10.1.2. ppkt 2), umożliwiającej uzyskanie zamówienia o skomplikowanym charakterze, zasięgu ponadlokalnym, mającym być wykonanym w szczególnym reżimie ochrony środowiska. Kolejny szok Zamawiający przeżył, gdy odczytywał dywagacje Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 23.09.2013 r., w których to m.in. na pół strony zastanawia się On, czy do wykonania warstwy uszczelniającej można użyć np. gruntów niespoistych, kamienistych, itd. Podczas, gdy oczywistym jest, że taki grunt mineralny absolutnie nie nadaje się do wykonania uszczelnienia, lecz wręcz przeciwnie stosowany jest Jako warstwa filtracyjna. Jako kolejny przykład naginania rzeczywistości do potrzeb postępowania można przytoczyć oświadczenie Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach, że „KWE - Technika Energetyczna sp. z o.o. bezwarunkowo oddaje do dyspozycji wiedzę i doświadczenie w całym okresie postępowania przetargowego w tym także od dnia otwarcia ofert do dnia ewentualnego wyboru wykonawcy” podczas, gdy zapisy w zobowiązaniu KWE -Technika Energetyczna sp. z o.o. zawierają warunek.

AD. UZASADNIENIE PRAWNE [niespełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 10.1,2. ppkt 2) siwz] Nieprawdą jest, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Zamawiający przytoczył tylko treść zapytania do PPHU AGROTRAN5 A. J.a, na które nie uzyskał odpowiedzi, wyjaśnienia Odwołującego oraz

wnioski z przeprowadzonej wizji lokalnej. Zamawiający dokonał również analizy innych posiadanych dokumentów.

Ad. 1. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że *„Zamawiający nie jest uprawniony na gruncie ustawy pzp do dokonywania wizji lokalnej u prywatnego przedsiębiorcy”*. Zdaniem Zamawiającego, potwierdza to również wyrok KIO z dnia 05.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1205/13. W przedmiotowej sprawie, wątpliwości w stosunku do dokumentów Odwołującego powstały, w wyniku ich analizy oraz wiadomości na temat inwestycji wskazanych w Wykazie wykonanych robót budowlanych zaczerpniętych po otwarciu ofert ze stron internetowych, np. SIWZ na rekultywacją składowiska odpadów komunalnych w Mianowicach czy osunięcie się części skarpy zrehabilitowanego przez Odwołującego składowiska odpadów w Marcinkowie, gm. Wąchock,

Ad, 2, 3, 4. Wizji lokalnej dokonała Pani, Anna M.-członek Komisji Przetargowej, w asyście Pana Arnolda K.a - pracownika Działu Zaplecza Technicznego i Transportu, kierowcy, którzy podpisali notatkę służbową.

Ad, 5. Zamawiający podnosi ponownie, że Odwołujący tendencyjnie przeinacza w odwołaniu sformułowania użyte przez Zamawiającego. W tym wypadku zapis notatki służbowej brzmi *„Przedmiotem wizji miały być zbiorniki na gnojowicę o łącznej powierzchni 26 000m² i 28 000m² (zgodnie z Wykazem robót budowlanych przedłożonym przez PW „EKO-WAPNO BIS” sp. z o.o. pozycje 5 1 6, potwierdzone referencjami wystawionymi przez Pana Aleksandra J.a) w kontekście wykazania przez PW „EKO-WAPNO BIS” sp. z o.o. wypełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 10.1,2,2) SIWZ, tj. wykazania wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a Jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu uszczelnienia mineralnego (z materiałów jednorodnych - Zamawiający za materiał jednorodny uzna także grunt doszczelniony bentonitem) o powierzchni minimum 25 000m² każde, o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”*. Natomiast Odwołujący przytoczył tylko krótki, wybrany kawałek przytoczonego powyżej zapisu, gubiąc kontekst.

Ad. 6. Osoby uczestniczące w wizji *„nie dokonały odkopania części warstwy ziemi w celu sprawdzenia czy pod nią znajdują się przedmiotowe uszczelnienie”*, ponieważ w miejscach przedmiotowych Inwestycji, wskazanych przez właściciela PPHU AGROTRANS Pana Aleksandra J.a, nie było zbiorników tylko parking wyłożony kostką brukową i pole kukurydzy, Oczywiście Jest, że skoro w miejscu, gdzie powinien być zbiornik z uszczelnieniem mineralnym rosła kukurydza, to tegoż uszczelnienia tam nie było!

Ad. 7. Zamawiający nie zgadza się z zapisami tego punktu.

Ad. 8. Zamawiający nie dołączył tych zdjęć do akt postępowania, ponieważ są one ogólnie dostępne i nie stanowią załącznika do notatki służbowej z wizji lokalnej. W załączeniu do niniejszej odpowiedzi dołączamy jednak te zdjęcia.

Ad. 9. W notatce służbowej użyto stwierdzenia, że nie ma pewności co do zrealizowania przedmiotowych Inwestycji. Gdyby Zamawiający miał pewność, że Odwołujący nie zrealizował tych inwestycji, to wtedy wykluczenie Odwołującego i odrzucenia jego oferty byłoby oczywiste z tego powodu. Zamawiający jednak nie wykluczył Odwołującego z tego powodu, tylko przyjął, iż Odwołujący wykonał przedmiotowe zbiorniki, stwierdzając przy tym, że w takiej sytuacji Odwołujący *„nie prowadził robót w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo nie ukończył budowy zbiorników w kontekście braku wszelkiego rodzaju dokumentów, a przede wszystkim pozwolenia na budowę, pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenia zakończenia robót”*,

Ad. 10. Z wizji lokalnej nie został spisany protokół, nie zostały wykonane zdjęcia, nie nakręcono filmu, itp., ale spisano i podpisano notatką służbową, Pan A. J. bardzo chętnie i obszernie udzielał wszelkich wyjaśnień [Zamawiającego dziwi fakt, że Odwołujący nie powołał go na świadka w sprawie potwierdzenia wykonania w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia robót z pkt 5 i 6 Wykazu wykonanych robót budowlanych. Odnosząc się do zapisów na str. 7, poniżej pkt. 10 i początkowych 9 wersów na str. B odwołania, Zamawiający zauważa, że Odwołujący przytoczył niepełną tezę z wyroku KIO z dnia 18.01.2012 r., sygn. akt: KIO 34/12 przez co próbował wypaczyć rzeczywiste zapisy SIWZ postępowania. Z kolei inny wyrok przytoczony przez Odwołującego dotyczył nieadekwatnego dla przedmiotowego postępowania stanu faktycznego (wyrok KIO z 16.02.2012 r., sygn. akt: KIO 113/12). Zdaniem Zamawiającego powyżej opisane działania to próby swoistego zniekształcenia rzeczywistości na korzyść odwołującego poprzez podanie niepełnych tez i/lub przytaczanie wyjętych z kontekstu wyroków KIO.

AD. UZASADNIENIE PRAWNE [niespełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 10.1.2. ppkt 3) siwz] oraz [zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień] Zamawiający rzeczywiście zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia w tej sprawie, będąc przekonany, że materiałem użytym do uszczelnienia jest folia PCV, a nie wymagana folia PEHD. Zgodnie z zapisami SIWZ dla postępowania prowadzonego przez Miasto i Gminą Kępno materiałem użytym do uszczelnienia rekultywowanej kwatery miała być folia PCV, co więcej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeden z Wykonawców zwrócił się z pytaniami: *„15. Czy wykonawca może zastosować zamiast wskazanej w STWIOR na wykonanie uszczelnienia folii PVC folie PEHD o tych samych parametrach?*

16. Zgodnie z zapisami w STWIOR - Uszczelnienie na przykrycie czaszy składowiska należy zastosować folię PVC gr, 1,5 mm, a na uszczelnienie dna składowiska należy zastosować folię PVC gr. 2 mm. Jaką folię należy zastosować na uszczelnienie skarp składowisko? Prosimy o podanie czy folia na uszczelnienie czaszy, dna oraz skarp składowiska ma być gładka czy strukturowana?", na co Miasto i Gmina Kępno udzieliło następującej odpowiedzi:
Ad 15) Wykonawca ma wycenić materiały jak w przedmiarach, projekcie budowlanym bądź równoważne.

Ad 16) parametry folii zostały określone w odpowiedzi na pytania z dnia 14.05.2007r."

Natomiast w odpowiedziach z dnia 14.05.2007 r. Miasto i Gmina Kępno jako materiał do wykonania uszczelnienia wskazało folię, PCV. Dodatkowo w protokole odbioru robót, przedłożonym do Zamawiającego wraz z ofertą przez Odwołującego, widnieje zapis, że roboty zostały wykonane zgodnie z ofertą wykonawcy, projektem budowlanym i decyzją nr 416/04 z dnia 25.10.2004r., czyli została użyta folia PCV. Oznacza to, iż nawet gdyby Odwołujący wykonał faktycznie uszczelnienie z folii PEHD, to nastąpiłoby to z naruszeniem warunków SIW2, dotyczącej rekultywacji składowiska w Mianowicach i jednocześnie byłaby to robota wykonana niezgodnie z przepisami prawa - nieuprawniona zmiana warunków zamówienia. Jednakże to uchybienie nie miało decydującego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ Zamawiający i tak wykluczyłby Odwołującego i odrzucił jego ofertę z przyczyn opisanych w niniejszej odpowiedzi. Na potwierdzenie przywołał wyrok KIO z dnia 26.10.2010 ., sygn. akt: KIO 2244/10.

AD. UZASADNIENIE PRAWNE [zaniechanie wezwania pozostałych Wykonawców do wyjaśnień]. Odwołujący niewłaściwie odczytał pkt 10.1.2. ppkt 4): wykonanie „co najmniej dwóch zamówień, polegających na wykonaniu instalacji do odgazowania składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej minimum 200 kW każde, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każde, które zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone". Przede wszystkim wyraz „każde” w obu przypadkach zdania odnosi się do zamówienia, a nie do jednostki kogeneracyjnej. Świadczy również o tym wyraz „które”, odnoszący się ze względu na zasady j. polskiego w sposób oczywisty do wyrazu „zamówień”. Ponadto z ostrożności przyjęcia, gdyby nawet odnosił się ten wyraz do jednostki kogeneracyjnej, to i tak jednostki kogeneracyjne mogą składać się, i często się składają, z więcej niż jednego agregatu (co przy dużych mocach jest wręcz wskazane ze względów technicznych i bezpieczeństwa technologicznego) i łączna moc elektryczna takiej jednostki (a nie pojedynczego agregatu wchodzącego w skład jednostki kogeneracyjnej) powinna wynosić minimum 200 kW. Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do spełnienia omawianego warunku przez Zakład Techniki i Ochrony Środowiska FOLEKO sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo

JAT, sp. z o.o.. W związku z tym nie miał też potrzeby wyjaśniać sugerowanych przez Odwołującego sprzeczności, gdyż takie nie występowały. W związku z tym zarzuty Odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne, z treści przedłożonych przez Wykonawców dokumentów jednoznacznie wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

AD. UZASADNIENIE PRAWNE [zwrócenie się do podmiotów trzecich]

Powszechnie uznaje się, że problem wiarygodności i profesjonalizmu Wykonawcy ma podstawowe znaczenie dla należytego wykonania umowy. Problem ten widzi również ustawodawca, który zawarł w przepisach Pzp mechanizmy zapobiegające uzyskaniu zamówienia przez Wykonawcę niewiarygodnego, czyli nie dającego rękojmi jego należytego wykonania. Powołał wyrok KIO z dnia 20.03.2013 r., sygn. akt: KIO 527/13. Oferta Odwołującego od początku procesu oceny ofert budziła duże wątpliwości Zamawiającego, pogłębiające się w trakcie Jego trwania, Zamawiający, mając na względzie ważny Interes społeczny, w postaci konieczności zrealizowania przedmiotowej inwestycji w jak najkrótszym czasie, zachowując jednocześnie należyłą staranność, zwrócił się równoległe z prośbą o wyjaśnienia niektórych wątpliwości, zarówno do Odwołującego, Jak I podmiotów trzecich, na rzecz których Odwołujący zrealizował inwestycje i których wykonanie Odwołujący oświadczył w Wykazie wykonanych robót budowlanych. Sam przepis z § 1 ust. 5 rozporządzenia nie ustala kolejności wysyłania tych zapytań (tj. np. wysyłanie zapytań do Innych podmiotów dopiero po otrzymaniu odpowiedzi od Odwołującego). Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego (str. 9, 3 wers od dołu), że *„Żadna z powyższych przesłanek nie zaistniała w niniejszym postępowaniu”*. Zdaniem Zamawiającego zaistniała konieczność zwrócenia się do podmiotów trzecich, gdyż Wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z przedłożonymi dowodami budziły duże wątpliwości Zamawiającego, w związku z tym została spełniona przesłanka § 1 ust. 5 rozporządzenia. Zwrócić należy uwagę, iż § 1 ust. 5 rozporządzenia wskazuje w sposób przykładowy sytuacje kiedy zachodzi konieczność zwrócenia się do podmiotów trzecich z zapytaniem, o czym świadczy użyty w treści § 1 ust. 5 rozporządzenia wyraz *„szczególnie”*. Ponadto Zamawiający, zgodnie z wykładnią tego paragrafu, może się zwracać bezpośrednio do właściwego podmiotu o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów odnośnie wykonanego zamówienia. Działań Zamawiającego w tej materii nie można więc uznać za rozszerzanie warunku udziału w postępowaniu. Natomiast nadrzędnym celem Zamawiającego w podjętych działaniach było rozwianie wątpliwości i uzyskanie pewności co do wykonania, prawidłowości wykonania I zakończenia robót budowlanych wskazanych przez Odwołującego w Wykazie wykonanych robót budowlanych. Nieprawdą jest że Zamawiający stawiał Jakiegokolwiek dodatkowe wymagania, *„co da treści składanych dokumentów, mających potwierdzać należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie”* (wers 9-10 od

góry, str. 10), bo Zamawiający o dostawach nigdy nie pisał. Odnośnie twierdzeń Odwołującego dotyczących tabeli nr 3 odwołania, Zamawiający wyjaśnia, że ilość zapytań kierowanych do osób trzecich wynikała z dużej ilości wątpliwości Zamawiającego co do przedstawionego przez Odwołującego Wykazu wykonanych robót budowlanych. Zapytania te były kierowane do różnych podmiotów i wynikały z faktu, że Zamawiający miał wątpliwości co do wszystkich wskazanych przez Odwołującego robót budowlanych w aspekcie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tak więc Zamawiający nie zgadza się, że jego działanie „należałoby uznać za poszukiwanie możliwości odrzucenia oferty Odwołującego”, gdyż uważa, że jego działanie wynikało z należytej staranności, dokładanej do jego działań podejmowanych w trakcie oceny ofert. W ramach tej staranności Zamawiający poprosił również o wyjaśnienia pozostałych Wykonawców-uczestników postępowania przetargowego. Ilość tych zapytań jest mała, gdyż oferty były przygotowane w sposób rzetelny i profesjonalny - stąd nie budziły większych wątpliwości. Nawet Odwołujący nie doszukał się w nich uchybień, poza jednym zastrzeżeniem, które i tak było niesłuszne (wyjaśnienie AD. UZASADNIENIE PRAWNE [zaniechanie wezwania pozostałych Wykonawców do wyjaśnień]).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z informacjami z przeprowadzonego dialogu technicznego, postanowieniami SIWZ, w tym Programem Funkcjonalno-Użytkowym, odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 08, 14, 20.08.2013 r., oraz pismo z dnia 02, 04.09.2013 r.), zmianami postanowień SIWZ z dnia 08, 14, 21.08.2013 r., ofertą Odwołującego, Przystępującego oraz innego Wykonawcy, wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie wykazu wykonanych robót Odwołującego złożonego w ofercie, wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 23.09.2013 r. (wpływ z dnia 25.09.2013 r.), wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie wykazu wykonanych robót Przystępującego, jak i wykazu osób, wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 19.09.2013 r., wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego przez innego Wykonawcę, wyjaśnieniami innego Wykonawcy z dnia 19.09.2013 r., korespondencją Zamawiającego z wystawcami referencji załączonych do wykazu w ofercie przez Odwołującego (do poz. 1 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 27.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./, do poz. 2 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 01.10.2013 r. /wpływ 09.10.2013 r./, do poz. 3 i 7 z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 25.09.2013 r. /wpływ 30.09.2013 r./; do poz. 4 i 8 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 30.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./; do poz. 5 i 6 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi, do poz. 9 –

wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 24.10.2013 r. /wpływ 29.10.2013 r./; do poz. 10 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi, do poz. 11 - wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 26.09.2013 r., do poz. 12 - wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 26.09.2013 r.), wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowanym do Odwołującego, odpowiedzią /uzupełnieniem oferty/ Odwołującego z dnia 03.10.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowanym do Przystępującego, odpowiedzią /uzupełnieniem oferty/ Przystępującego z dnia 01.10.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowanym do innego Wykonawcy, odpowiedzią /uzupełnieniem oferty/ innego Wykonawcy z dnia 30.09.2013 r., wezwaniem z dnia 03.10.2013 r. odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Zamawiającego /inwestora/, wezwaniem z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 10 nowego wykazu Odwołującego, odpowiedzią z dnia 09.10.2013 r., wezwaniem z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 9 nowego wykazu Odwołującego, odpowiedzią z dnia 08.10.2013 r., wezwaniem z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Przejmującego składowisko /Inwestor – Kępno Sp. z o.o./, odpowiedzią z dnia 10.10.2013 r. /wpływ 11.10.2013 r./, notatką służbową z 09.10.2013 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14.10.2013 r., odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami (zdjęcia wydrukowane z serwisu internetowego maps.google.pl - 2 str.; fragment Specyfikacji Technicznej z SIWZ dotyczącej rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - folia PCV - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c-6569> - 6 stron; odpowiedzi Miasta i Gminy Kępno z dnia 14.05.2007 r. i 15.05.2007 r. o rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c-6569> - 6 str.; wydruk artykułu z Gazety Internetowej „Kronika Wąchocka” ze strony internetowej: <http://wachock.info/2013/04/20/alarm-katastrofa-ekologiczna-w-marcinkowie-dawne-wysypisko-odkrylo-smieci/> - 2 str.), kopiami umów dotyczących wykazanych w poz. 5 i 6 spornych zadań, trzema oświadczeniami PPHU AgroTrans A. J., protokołami odbioru, mapami sytuacyjnymi oraz deklaracjami zgodności zastosowanej geomembrany uszczelniającej do poz. 8 złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, pismem z dnia 15.10.2013 r. ze starostwa powiatowego w Żninie złożonym na rozprawie przez Przystępującego.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego

złożenia. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2486/13 oraz dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w oryginale na czas wydania orzeczenia o sygn. akt: KIO 2486/13, informacje z przeprowadzonego dialogu technicznego, postanowień SIWZ, w tym Programem Funkcjonalno-Użytkowym, odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 08, 14, 20.08.2013 r., oraz pismo z dnia 02, 04.09.2013 r.), zmian postanowień SIWZ z dnia 08, 14, 21.08.2013 r., oferty Odwołującego, Przystępującego oraz innego Wykonawcy, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie wykazu wykonanych robót Odwołującego złożonego w ofercie, wyjaśnień Odwołującego z dnia 23.09.2013 r. (wpływ z dnia 25.09.2013 r.), wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie wykazu wykonanych robót Przystępującego, jak i wykazu osób, wyjaśnień Przystępującego z dnia 19.09.2013 r., wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego przez innego Wykonawcę, wyjaśnień innego Wykonawcy z dnia 19.09.2013 r., korespondencji Zamawiającego z wystawcami referencji załączonych do wykazu w ofercie przez Odwołującego (do poz. 1 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 27.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./, do poz. 2 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 01.10.2013 r. /wpływ 09.10.2013 r./, do poz. 3 i 7 z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 25.09.2013 r. /wpływ 30.09.2013 r./; do poz. 4 i 8 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 30.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./; do poz. 5 i 6 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi, do poz. 9 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 24.10.2013 r. /wpływ 29.10.2013 r./; do poz. 10 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi, do poz. 11 - wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 26.09.2013 r., do poz. 12 - wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 26.09.2013 r.), wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowanego do Odwołującego, odpowiedzią /uzupełnieniem oferty/ Odwołującego z dnia 03.10.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowanego do Przystępującego, odpowiedzią /uzupełnieniem oferty/ Przystępującego z dnia 01.10.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowanego do innego Wykonawcy, odpowiedzią /uzupełnieniem oferty/ innego

Wykonawcy z dnia 30.09.2013 r., wezwania z dnia 03.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Zamawiającego /inwestora/, wezwania z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 10 nowego wykazu Odwołującego, odpowiedzią z dnia 09.10.2013 r., wezwania z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 9 nowego wykazu Odwołującego, odpowiedzią z dnia 08.10.2013 r., wezwania z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Przejmującego składowisko /Inwestor – Kępno Sp. z o.o./, odpowiedzią z dnia 10.10.2013 r. /wpływ 11.10.2013 r./, notatki służbowej z 09.10.2013 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14.10.2013 r., odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (zdjęcia wydrukowane z serwisu internetowego maps.google.pl - 2 str.; fragment Specyfikacji Technicznej z SIWZ dotyczącej rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - folia PCV - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c-6569> - 6 stron; odpowiedzi Miasta i Gminy Kępno z dnia 14.05.2007 r. i 15.05.2007 r. o rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c-6569> - 6 str.), kopii umów dotyczących wykazanych w poz. 5 i 6 spornych zadań, trzech oświadczeń PPHU AgroTrans A. J., protokołów odbioru, map sytuacyjnych oraz deklaracji zgodności zastosowanej geomembrany uszczelniającej do poz. 8 złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, pisma z dnia 15.10.2013 r. ze starostwa powiatowego w Żninie złożonego na rozprawie przez Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowód z przesłuchania w charakterze strony pani Anny M. (ze strony Zamawiającego) oraz pani Doroty B. (ze strony Odwołującego) uznając, że całość zgromadzonego materiału dowodowego pozwala na dokonanie rozstrzygnięcia w zakresie okoliczności i zarzutów, na rzecz których miały być przeprowadzone niniejsze dowody i ich ewentualne przeprowadzenie nie wpłynęłoby w żaden sposób na przedmiot sporu.

Izba pominęła także, nie uznając jako dowód w sprawie wydruk artykułu z Gazety Internetowej „Kronika Wąchocka” ze strony internetowej: <http://wachock.info/2013/04/20/alarm-katastrofa-ekologiczna-w-marcinkowie-dawne-wysypisko-odkrylo-smieci/> - 2 str., uznając że fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami, tj. do poz. 1 – wezwaniem z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 27.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Odnośnie postanowień dotyczącego zakresu spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 2, 3 i 4 SIWZ, Izba przywołuje wskazuje na postanowienia przywołane w odpowiedzi na odwołanie. Należy także uwzględnić odpowiedź na pytanie 1 (pismo z dnia 08.08.2013 r.).

Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 2, 3 SIWZ wykazała się w ramach wykazu pierwotnego – w pierwszym wypadku poz. 4, 5 i 6, zaś w drugim wypadku poz. 7, 8 i 9.

Zamawiający zastosował wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie wykazu wykonanych robót Odwołującego złożonego w ofercie (str. 19-43 oferty). Wyjaśnienia Odwołującego nastąpiły w ramach pisma z dnia 23.09.2013 r. (wpływ z dnia 25.09.2013 r.). Zamawiający zastosował również wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie wykazu wykonanych robót Przystępującego (str.11-26 oferty), jak i wykazu osób. Wyjaśnienia Przystępującego nastąpiły w ramach pisma z dnia 19.09.2013 r. Zamawiający zastosował też wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 18.09.2013 r. odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego przez innego Wykonawcę (str. 16 oferty, wykaz i załączniki – od str. 10 - 16 oferty). Wyjaśnienia innego Wykonawcy nastąpiły w ramach pisma z dnia 19.09.2013 r.

Jednocześnie Zamawiający nawiązał korespondencje z wystawcami referencji załączonych do wykazu w ofercie przez Odwołującego (do poz. 1 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 27.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./, do poz. 2 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 01.10.2013 r. /wpływ 09.10.2013 r./, do poz. 3 i 7 z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 25.09.2013 r. /wpływ 30.09.2013 r./; do poz. 4 i 8 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 30.09.2013 r. /wpływ 01.10.2013 r./; do poz. 5 i 6 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi, do poz. 9 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 24.10.2013 r. /wpływ 29.10.2013 r./; do poz. 10 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi, do poz. 11 - wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 26.09.2013 r., do poz. 12 - wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 26.09.2013 r.).

W dalszej kolejności Zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu robót w trybie art. 26 ust.3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. Odwołującego. Odpowiedź /uzupełnienie oferty/ Odwołującego nastąpiło pismem z dnia 03.10.2013 r. (nowy wykaz – 3 strony, dowody do wykazu – 15 stron, dodatkowo – oświadczenia Odwołującego – 7 sztuk). Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 2, 3 SIWZ wykazała się w nowym wykazie – w pierwszym wypadku poz. 5 i 6 (w pierwotnym wykazie także poz. 5 i 6), zaś w drugim wypadku poz. 7 i 8 (w pierwotnym wykazie poz. 4, 7 i 8).

Wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowano do Przystępującego. Odpowiedź /uzupełnienie oferty/ Przystępującego nastąpiło pismem z dnia 01.10.2013 r. (w jej ramach poszerzył pierwotny wykaz robót o dodatkowe informacje przedstawione w wyjaśnieniach – wykazane zadania takie same). Wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 24.09.2013 r. wystosowano do innego Wykonawcy. Odpowiedź /uzupełnienie oferty/ innego Wykonawcy z dnia 30.09.2013 r. – w jego ramach przedłożono oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego.

Następnie Zamawiający wezwał pismem z dnia 03.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Zamawiającego /inwestora/ - bez odpowiedzi. Dokonał także wezwania z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 10 nowego wykazu Odwołującego. Uzyskał odpowiedź pismem z dnia 09.10.2013 r. Wezwał też pismem z dnia 04.10.2013 r. do wyjaśnień odnośnie poz. 9 nowego wykazu Odwołującego. Odpowiedź uzyskał z dnia 08.10.2013 r. Kolejne wezwanie miało miejsce pismem z dnia 04.10.2013 r. odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Przejmującego składowisko /Inwestor – Kępno Sp. z o.o./ Odpowiedź (niekorzystną dla Odwołującego) uzyskał pismem z dnia 10.10.2013 r. /wpływ 11.10.2013 r./.

Wobec braku odpowiedzi od wystawcy PPHU AgroTrans A. J. przeprowadził wizje lokalną, z której sporządził notatkę służbową z 09.10.2013 r. Ostatecznie Zamawiający zakwestionował poz. 5 i 6 oraz 8 nowego wykazu – jako podławe faktyczna wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. (informacje szczegółowe w informacji z dnia 14.10.2013 r.).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia Odwołującego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływa na wynik postępowania. W tym zakresie, w ocenie Izby, zarzut został potwierdzony jedynie co do braku uzasadnienia faktycznego, a ściśle braku skonkretyzowania, jaka część obszernego uzasadnienia faktycznego zawarta w piśmie z dnia 14.10.2013 r. odnosi się sensu stricte do kwestii złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Przywołane na rozprawie przez Przystępującego fragmenty pisma z dnia 14.10.2013 r. nie zmieniają stanowiska Izby, w tym zakresie. Należy również podzielić stanowisko wynikające z orzeczeń przywołanych w tej materii przez Odwołującego w jego piśmie procesowym

złożonym na rozprawie. Jednakże mimo zasadności zarzutu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, brak wpływu na wynik, powyższe naruszenie nie skutkuje uwzględnieniem odwołania, wobec nie uznania zarzutów dotyczących oferty Odwołującego (wszystkich, nie uznanie chociażby jednego skutkuje jego wyeliminowaniem z postępowania) oraz Przystępującego oraz innego Wykonawcy.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu złożenia informacji nieprawdziwych, Izba biorąc pod uwagę stanowisko wyrażone przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu stwierdza co następuje. Po pierwsze, Zamawiający nie określił jednoznacznie, w piśmie z 14.10.2013 r., czy uważa za przejaw złożenia nieprawdziwej informacji oświadczenie Odwołującego dotyczące tak poz. 5 i 6 oraz 7, czy tylko poz. 5 i 6. Po drugie, Zamawiający nie udowodnił, że takie informacje miały miejsce wobec poz. 5 i 6, czy Odwołujący działał umyślnie, a nie został przykładowo wprowadzony w błąd przez wystawcę referencji będącego inwestorem przedmiotowych zadań. Powyższe skutkuje uznaniem przez Izbę, że miało miejsce naruszenie, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, brak wpływu na wynik, powyższe naruszenie nie skutkuje uwzględnieniem odwołania, wobec nie uznania zarzutów dotyczących oferty Odwołującego (wszystkich, nie uznanie chociażby jednego skutkuje jego wyeliminowaniem z postępowania) oraz Przystępującego oraz innego Wykonawcy.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 2 SIWZ względem poz. 5 i 6 nowego wykazu Odwołującego oraz określonego w pkt 10.1.2 ppkt 3 SIWZ względem poz. 8 nowego wykazu Odwołującego, Izba uznała co następuje.

Względem poz. 5 i 6 nowego wykazu Odwołującego w zakresie niespełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 2 SIWZ, Izba oddaliła zarzut Odwołującego w tym zakresie. Najistotniejszą kwestią jest okoliczność tego rodzaju, że Odwołujący przyznał w odwołaniu co podtrzymał na rozprawie, że zaoferował w poz. 5 i 6 – usługę. Izba uznaje argumentację Odwołującego, że było to spowodowane tym, że na to pozwalały postanowienia SIWZ za nadinterpretacje z jego strony. Jednocześnie nie uznaje możliwości zastosowania w tym przypadku zasady, że wszelkie niejasności postanowień SIWZ należy interpretować na korzyść Odwołującego. Racje miał Zamawiający i Przystępujący, że przywołując pkt 10.1.2.2 SIWZ, jako pozwalający na nie budzącą wątpliwości identyfikację sformułowania: „zamówień”. Nadto, odwołanie się Zamawiającego w początkowej części pkt 10.1.2 na sformułowanie: „w okresie ostatnich pięciu lat” nie jest przejawem błędu Zamawiającego, czy też łącznego

ujęcia robót budowlanych i usług (jak argumentował Odwołujący na rozprawie). Takie stanowisko Odwołującego, Izba uznaje za „czysto polemiczne” i nie mające oparcia w żadnym powszechnie obowiązującym przepisie prawa, w tym w szczególności rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. Powyższe skutkuje tym, że w sposób nieuprawniony w poz. 5 i 6 nowego wykazu Odwołujący zaoferował usługę, mimo że, miała to być robota budowlana. Zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp: „*fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu*”. W konsekwencji dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego, tj. kopie umów dotyczących wykazanych w poz. 5 i 6 spornych zadań oraz trzy oświadczenia PPHU AgroTrans A. J. uznaje za bez znaczenia dla okoliczności sprawy wobec przedłożenia rodzajowo innego zamówienia publicznego na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 2 SIWZ niż był wymagany. Izba celem rozwiania ewentualnych dalszych wątpliwości w tym zakresie Odwołującego przywołuje odpowiedź na pytania – pismo z dnia 08.08.2013 r. (odpowiedź na pytanie 1), gdzie wyraźnie jest mowa o robotach w rodzaju i o parametrach opisanych w pkt. 10.1.2 pkt 1, 2, 3 SIWZ. Z tych samych przyczyn Izba, za bez znaczenia uznaje notatkę z wizji lokalnej, tudzież zdjęcia wydrukowane z serwisu internetowego maps.google.pl - 2 str., jak i pismo z dnia 15.10.2013 r. ze starostwa powiatowego w Żninie złożonego na rozprawie przez Przystępującego. Izba także wobec, jednoznacznego przyznania się ze strony Odwołującego, że wykazał się usługą, czuje się zwolniona z faktycznej oceny charakteru wykazanych w poz. 5 i 6 nowego wykazu Odwołującego zadań. Do kwestii wizji lokalnej, Izba odniesie się w dalszej części uzasadnienia przy rozpatrywaniu zarzutu naruszenia § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. Jednocześnie stwierdzając, że zasadnie Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w kontekście wykazanych w poz. 5 i 6 – usług.

Względem poz. 8 nowego wykazu Odwołującego w zakresie niespełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 10.1.2 ppkt 3 SIWZ, Izba uznaje, że w tym zakresie miało miejsce naruszenie, które nie ma wpływu na wynik. W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że Odwołujący niewątpliwie wykazał się robotą budowlaną. W dalszej kolejności podnosząc, że Izba przeanalizowała dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie (protokoły odbioru, mapy sytuacyjne oraz deklaracje zgodności zastosowanej geomembrany uszczelniającej), które dopuściła w całości oraz korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z wystawcą referencji (protokołu odbioru) /do poz. 4 i 8 pierwotnego wykazu – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – odpowiedź z dnia 30.09.2013 r. - wpływ 01.10.2013 r.; wezwania z dnia 03.10.2013 r. odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego – do Zamawiającego - inwestora/ oraz Przejmującym składowisko (wezwanie z dnia 04.10.2013 r. odnośnie poz. 8 nowego wykazu Odwołującego

– do Przejmującego składowisko /Inwestor – Kępno Sp. z o.o./, odpowiedź z dnia 10.10.2013 r. /wpływ 11.10.2013 r./). W rezultacie, uznając w tym zakresie, za wiarygodne stanowisko Zamawiającego – inwestora wyrażone w piśmie z dnia 30.09.2013 r. /drugie wezwanie z dnia 03.10.2013 r. pozostało bez odpowiedzi/. Z dostarczonego dowodu wynika, jednoznacznie, że do realizacji wykazanego zamówienia zastosowano geomembranę PEHD, a nie PCV. Dowody załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie (fragment Specyfikacji Technicznej z SIWZ dotyczącej rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - folia PCV - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c-6569> - 6 stron; odpowiedzi Miasta i Gminy Kępno z dnia 14.05.2007 r. i 15.05.2007 r. o rodzaju folii, jaka miała być użyta przy rekultywacji składowiska w Mianowicach - wydruk ze strony internetowej: <http://bip.kepno.pl/?c-6569> - 6 str.) dotyczą etapu przed realizacją zamówienia w odróżnieniu od dowodów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie. Izba podzieliła nadto, stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie sformułował, w tej materii, zarzutu realizacji roboty budowlanej niezgodnie ze sztuką budowlaną. W ocenie Izby, brak jest również podstaw do twierdzenia, że w ramach wykazanej inwestycji wykonane uszczelnienie geomembrany PEHD miało miejsce w ilości mniejszej niż wymagane przez Zamawiającego. Pismo z dnia 30.09.2013 r. nie daje podstaw ku temu, jedynie uszczegóławia pierwotną informację z nowego wykazu. W konsekwencji, Izba uznaje, że względem poz. 8 nowego wykazu Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu, przy czym z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp niniejsze nie ma wpływu na wynik.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wątpliwości co do wykonania zamówienia uszczelniania folią PEHD w ramach rekultywacji składowiska odpadów w Mianowicach – dotyczy poz. 8 nowego wykazu, Izba uznaje, że miało miejsce naruszenie, które z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp nie ma wpływu na wynik i nie skutkuje uwzględnieniem odwołania. Zamawiający winieni wezwać Odwołującego, wobec pojawienia się nowych okoliczności i dokumentów, do wyjaśnień. Wzajemnie wykluczającego się stanowiska Miasta i Gminy Kępno z dnia z dnia 30.09.2013 r. - wpływ 01.10.2013 r. oraz Przejmującego składowisko /Inwestor – Kępno Sp. z o.o./ - odpowiedź z dnia 10.10.2013 r. /wpływ 11.10.2013 r./ Jednakże, mimo naruszenia w tym zakresie, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, niniejsze nie ma wpływu na wynik.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLECO Sp.

z o.o. (dotyczy poz. 7 wykazu) i Przedsiębiorstwo J.A.T. sp. z o.o. (dotyczy poz. 8 wykazu) do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazanych zadań na potwierdzenie warunku określonego w pkt. 10.1.2 ppkt 4 SIWZ, tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na odgazowaniu składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej min. 200 kW. Izba uznała niniejszy zarzut za chybiony, w tym zakresie odnosząc się do sytuacji obu Wykonawców łącznie.

Wykładnia warunku z pkt 10.1.2 ppkt 4 SIWZ dokonana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jest zasadna i ma oparcie w postanowieniach SIWZ. Słowo „każde” odnosi się niewątpliwie do zamówienia. Odnośnie kwestii tego rodzaju, czy w ramach jednostki kogeneracyjnej należało wykazać się 1 agregatem, czy też można było przedłożyć zamówienie na 2 agregaty, Izba stwierdza, że w tym zakresie postanowienia SIWZ nie są tak jednoznaczne, jak opis przedmiotu zamówienia, który rzeczywiście na str. 48 Programu Funkcjonalno-Użytkowego stwierdza: *„generator kontenerowy z silnikiem gazowym do przetwarzania biogazu ze składowiska odpadów komunalnych na energię elektryczną oraz z modułem odzysku ciepła”*. Biorąc pod uwagę, że strony były zgodne na rozprawie, iż może być 1 lub 2 silniki, a pkt 10.1.2 ppkt 4 SIWZ nie definiuje tej kwestii w ramach jednostki kogeneracyjnej, Izba uznała że zastosowanie ma zasada: *„niejednoznaczne postanowienia SIWZ należy interpretować na korzyść Wykonawcy”*, w tym wypadku Przystępującego i można było wykazać się zadaniem realizowanym poprzez dwa agregaty o łącznej mocy 382 kW. Izba z całą stanowczością podkreśla, że ta sytuacja Przystępującego, w tym wypadku jest inna niż sytuacja Odwołującego w zakresie pkt 10.1.2 ppkt 2 SIWZ. Brak jest jakichkolwiek odniesień w ramach warunków udziału w postępowaniu. Nie jest możliwe odwołanie do postanowień opisu przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że istotnie mają miejsce różnice wskazujące z dużą dozą prawdopodobieństwa na wiarygodność argumentacji Zamawiającego z rozprawy.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLECO sp. z o.o. podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna być wybrana oferta Odwołującego, Izba uznaje zarzut za niepotwierdzony. Należy bowiem podkreślić, że brak jest podstaw do uznania złożenia przez Przystępującego w poz. 7 wykazu nieprawdziwych informacji na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt. 10.1.2 ppkt 4 SIWZ, tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na odgazowaniu składowiska wraz z jednostką kogeneracyjną z modułem odzysku ciepła o mocy elektrycznej min. 200 kW. Jest to tym bardziej zasadne stanowisko, gdy postanowienia SIWZ są niejednoznaczne co zostało wykazane przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania art. 25 ust. 2 Pzp w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. poprzez nieuzasadnione i niezgodne z Pzp zwracanie się do podmiotów trzecich o przedłożenie dodatkowych informacji, Izba oddała niniejszy zarzut.

Izba nie podziela wykładni dokonanej przez Odwołującego, należy bowiem zwrócić uwagę, że w przepisie jest co prawda sformułowanie: „w razie konieczności”, jednakże następnie używa się sformułowania: „szczególnie gdy”, „lub gdy”. Z całą pewnością przywołane przez Odwołującego w odwołaniu sytuacje nie są jedynymi i podany katalog nie ma charakteru zamkniętego. Dodatkowo, Izba zgadza się, że: „wizja lokalna” może stanowić formę wezwania z tego przepisu: „przedłożenia dodatkowych informacji”, jako ich bezpośredniego źródła. W ocenie Izby, Zamawiający miał prawo do przeprowadzenia wizji lokalnej, zwłaszcza w sytuacji braku odpowiedzi na wezwanie pisemne (co miało miejsce w tym stanie faktycznym - poz. 5 i 6 – wezwanie z dnia 20.09.2013 r. – bez odpowiedzi). Do pozostałych kwestii związanych z wizją lokalną, Izba nie będzie się odnosić, gdyż są bez znaczenia wobec przyznania przez Odwołującego wykazania się usługami, a nie robotami budowlanymi. Dodatkowo Izba, podnosi, że biorąc pod uwagę zaistniały stan faktyczny, jak i istotę i cel wprowadzenia art. 22 ust. 5 Pzp, Zamawiający miał prawo przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r., w takim zakresie, jak miało to miejsce. Izba nie stwierdziła, aby miało miejsce: „poszukiwanie możliwości odrzucenia oferty Odwołującego”. Zdaniem, Izby żądanie dodatkowych informacji w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. może mieć szerszy kontekst, taki jaki jest konieczny do rozwiania wątpliwości Zamawiającego. Każdy z uczestników postępowania musi liczyć się z możliwością sprawdzenia każdego wykazanego zadania. § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. nadał jedynie ramy prawne istniejącej już wcześniej praktyce w tej dziedzinie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, Izba biorąc pod uwagę, zarzuty mające wpływ na wynik postępowania, w ocenie Izby, niniejszy przepis nie został naruszony.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący :

.....