Sygn. akt: KIO 483/16, KIO 490/16, 491/16

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Robert Skrzeszewski
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 i 20 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2016 r.:
A. przez wykonawcę: **Ondeo Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-981), ul. Zawodzie 5 (sygn. akt KIO 483/16),**
B. przez wykonawcę: **Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-672), ul. Domaniewska 39A (sygn. akt KIO 490/16),**
C. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach (25-563), ul. Zagnańska 232A oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie (02-677), Taśmowa 7, lok. P. IX (sygn. akt KIO 491/16)**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Mława, ul. Stary Rynek 19, 06-500 Mława**

przy udziale wykonawcy: **Ondeo Polska sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 490/16** oraz **KIO 491/16** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: **Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 483/16** oraz **KIO 491/16** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 483/16** oraz **KIO 490/16** po stronie zamawiającego,

---

orzeka:

1. **oddala każde z trzech rozpoznawanych odwołań,**

2. kosztami postępowania:
A. w sprawie o sygn. akt: **KIO 483/16** obciąża wykonawcę: **Ondeo Polska sp. z o.o. w Warszawie,**
B. w sprawie o sygn. akt: **KIO 490/16** obciąża wykonawcę: **Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie,**
C. w sprawie o sygn. akt: **KIO 491/16** obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:
A. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Ondeo Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 483/16,**
B. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 490/16,**
C. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 491/16,**

2.2. zasądza:

A. w sprawie o sygn. akt: **KIO 483/16** od wykonawcy: **Ondeo Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz:

1) wnoszącego sprzeciw wykonawcy: **Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz

2) wnoszących sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika,

B. w sprawie o sygn. akt: **KIO 490/15** od wykonawcy: **Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Miasta Mława** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika,

C. w sprawie o sygn. akt: **KIO 491/15** od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Miasto Mława** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika,

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie** kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Płocku.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 483/16, KIO 490/16, 491/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa *i eksploatacja oczyszczalni* ścieków *w Mławie w formule partnerstwa publiczno-prywatnego”* zostało wszczęte przez Miasto Mława, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją przesłaną przez niego Prezesowi Izby w piśmie z dnia 6 kwietnia 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 213-389232) w dniu 4 listopada 2015 r.

W dniu 4 kwietnia 2016 r. odwołania w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wnieśli:

A. w sprawie KIO 483/16 – wykonawca: Ondeo Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Ondeo lub Odwołującym w sprawie KIO 483/16,

B. w sprawie KIO 490/16 – wykonawca: Saur Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Saur lub Odwołującym w sprawie KIO 490/16,

C. w sprawie KIO 491/16 – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Eneris Surowce S.A. w Kielcach oraz Eneris Infra 1 sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej łącznie konsorcjum Eneris lub Odwołującym w sprawie KIO 491/16.

KIO 483/16

Odwołanie w sprawie KIO 483/16 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia konsorcjum Eneris, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Saur do uzupełnienia oferty oraz złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez tego Wykonawcę dokumentów.

Odwołujący w sprawie KIO 483/16 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. „artykułu *24 ust. 4 Pzp w związku z artykułem 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz artykułem 22 ust. 1 pkt 2, 3 oraz 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eneris z Postępowania z uwagi na niewykazanie przez nie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji - zaniechanie uznania Oferty Konsorcjum Eneris za odrzuconą,*

---

2. *artykułu 26 ust. 3 i 4 Pzp w związku z artykułem 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Saur do uzupełnienia Oferty lub złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez Saur dokumentów, pomimo niewykazania przez Saur spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, określonych w artykule 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp,*
3. *artykułu 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, poprzez stosowanie w stosunku do Konsorcjum Eneris oraz Saur innych (bardziej preferencyjnych), niż w stosunku do Odwołującego kryteriów oceny podmiotowej wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu."*

W ocenie Ondeo konsorcjum Eneris nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W kontekście dokumentów i oświadczeń złożonych przez konsorcjum Eneris w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, Ondeo twierdziło, że wskazywana przez konsorcjum Eneris realizacja projektu na Cyprze nie potwierdzała spełniania warunków opisanych w pkt 7.2.2.I i 7.2.2.II Instrukcji dla Wykonawców (IDW) stanowiącej tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Nadto, jak twierdził Odwołujący w sprawie KIO 483/16, jedno z dwóch zaświadczeń załączonych do wykazu odnoszących się do tego projektu zostało wystawione wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert, stąd nie mogło ono zostać wzięte pod uwagę jako wystawione prawidłowo przy ocenie spełniania tego warunku przez konsorcjum Eneris.

Przy ocenie spełniania przez konsorcjum Eneris warunków opisanych w pkt 7.2.2.I i 7.2.2.II IDW, zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 483/16, nie powinien zostać również uwzględniony wskazywany przez tego Wykonawcę projekt zrealizowany w Czarnogórze, albowiem informacje o nim zostały przez konsorcjum Eneris wskazane dopiero w uzupełnionym wykazie „Wiedza *i doświadczenie",* co stanowić miało, w ocenie Ondeo, niedopuszczalną w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmianę treści oferty. W odniesieniu do projektu Odwołujący w sprawie KIO 483/16 twierdził również, że nawiązujące do niego zobowiązanie podmiotu trzeciego – WTE Wassertechnik GmbH (WTE) – podpisane zostało z datą 8 marca 2016 r., a zatem nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu w dacie składania ofert. Nie znajdowało również usprawiedliwienia, w uznaniu Ondeo, złożenie przez konsorcjum Eneris własnego

---

oświadczenia WTE w miejsce poświadczenia podmiotu który był zleceniodawcą realizacji projektu w Czarnogórze.

Co do warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, Ondeo twierdziło,

że konsorcjum Eneris nie potwierdziło dostatecznie faktu opłacenia polisy ubezpieczeniowej złożonej wraz ofertą. W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 483/16 nie mogło zostać uznane za wystarczające dwa potwierdzenia przelewów złożone wraz z polisą, albowiem koniecznym było przedstawienie oświadczenia wierzyciela, tj. ubezpieczyciela, który wystawił złożoną Zamawiającemu polisę OC.

Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 483/16 konsorcjum Eneris nie wykazało również odpowiednio spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W wykazie „Potencjał *kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia"* konsorcjum Eneris wskazało na trzy osoby, które stanowić miały jego potencjał własny, co było zdaniem Odneo nieprawidłowe, z uwagi na fakt, że każda z tych osób prowadziła działalność gospodarczą.
W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 483/16 konsorcjum Eneris powinno wykazać Zamawiającemu fakt istnienia między nim a wskazywanymi osobami określonego rodzaju więzi prawnej, albo też złożyć zobowiązania tych osób do wzięcia udziału w realizacji zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż konsorcjum Eneris było już w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia wzywane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń mających potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, niezasadnym, w ocenie Ondeo, miałoby być nakazywanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum Eneris do uzupełnienia innych brakujących dokumentów lub oświadczeń.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Saur Odwołujący w sprawie KIO 483/16 podnosił, że w złożonym przez tego Wykonawcę wykazie „Potencjał *kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia"* nie zostało *expresis verbis* wskazane, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada wymagany w IDW rodzaj doświadczenia zawodowego. Nadto wykonawca ten, miał nie przedstawić Zamawiającemu odpowiednich pełnomocnictw dla osoby, która w imieniu podmiotów trzecich udostępniających Saur swoje zasoby na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp mogłaby poświadczyć za zgodność z oryginałem statuty spółek będących powołanymi podmiotami trzecimi.

W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 483/16 stwierdzone przez niego braki w ofercie złożonej przez Saur mogłyby zostać uzupełnione po skierowaniu przez Zamawiającego do powołanego Wykonawcy odpowiednich wezwań.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 483/16 wnosił o uwzględnienie odwołania i „nakazanie *Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny Oferty Konsorcjum Eneris i wykluczenia Konsorcjum Eneris z postępowania oraz uznania Oferty Konsorcjum Eneris za odrzuconą"* oraz „nakazanie *Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny Oferty Saur i wezwania Saur do uzupełnienia Oferty lub złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez Saur dokumentów lub oświadczeń".*

KIO 490/16

Odwołanie w sprawie KIO 490/16 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawców: Ondeo i konsorcjum Eneris.

Odwołujący w sprawie KIO 490/16 zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

I. w odniesieniu do wykonawcy Ondeo i złożonej przez niego oferty:
1. „art. *26 ust 3 i 4 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnień wykonawcę Ondeo dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zobowiązań do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej;*
2. *art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 pzp poprzez zaniechanie*

wykluczenia z postępowania wykonawcy Ondeo, pomimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w odwołaniu,

3. *art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ondeo, pomimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w odwołaniu,*
4. *art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ondeo pomimo, że jej treść nie odpowiada SIWZ",*

II. w odniesieniu do wykonawcy: konsorcjum Eneris i złożonej przez niego oferty:

1. „art. *24 ust, 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eneris, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w odwołaniu;*

2. *art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eneris, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium w sposób prawidłowy;*
3. *art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Eneris do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o którym mowa w pkt 7.2.3 b ppkt 3 IDW, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia tego warunku w odniesieniu do kierownika rozruchu, ponieważ wskazał w ofercie 3 osoby na to stanowisko, tj. T. R., R. M. oraz M. K., a* żadna *z tych osób nie legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem zdobytym w ciągu ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert w kierowaniu pracami rozruchowymi oczyszczalni dla* ścieków *komunalnych obsługującej min. 40 000 RLM,*
4. *art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eneris, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje (zataił informacje na temat podmiotów należących do grupy kapitałowej oraz wskazał nieprawdziwe informacje w odniesieniu do zrealizowanych dotychczas zamówień) mające lub mogące, mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;*
5. *art. 24b ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył listy o której mowa w art. 26 ust. 2d. pzp",*

III. w odniesieniu do obu ww. wykonawców i złożonych przez nich ofert:

1. „art. *24 ust. 4 pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Ondeo oraz oferty wykonawcy Eneris za odrzucone, choć wykonawcy ci podlegali wykluczeniu;*
2. *art. 26 ust. 3 pzp w z w. z art. 87 ust. 1 pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia treści oferty w zakresie przyjętych przez wykonawców rozwiązań technicznych;*
3. *art. 91 ust. 1 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew jego dyspozycji, tj. z pominięciem kryteriów oceny ofert;*
4. *art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji".*

Uzasadniając tak sformułowane twierdzenia Saur podnosił co następuje:

I. w odniesieniu do wykonawcy Ondeo i złożonej przez niego oferty:

1. w kontekście warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia:
Odwołujący w sprawie KIO 490/16 twierdził, że Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia przedstawionych przez Ondeo dokumentów odnoszących się zasobów udostępnionych temu wykonawcy przez Lyonnnaise Des Eaux France

(LDEF). Tymczasem w ocenie Saur przedstawione przez Ondeo zobowiązanie wystawione przez LDEF miało lakoniczny charakter, co stawiało pod znakiem zapytania jego realność – nie określono tam bowiem, zdaniem Saur, zasad prowadzonych konsultacji i doradztwa (cyklicznie czy okresowo), ich tematyki, czy też liczby osób oddelegowanych do ich świadczenia oraz zasad ich dostępności. W ocenie Saur określenie „korzystanie *z know-how*" nie precyzuje sposobu przekazania zasobów.

W zobowiązaniu tym miało zostać również niesprecyzowane to, jaki charakter prawny będzie łączył Ondeo z LDEF – samo wskazanie na umowę miało być niewystarczające, albowiem powinno zostać tam dookreślone, jakiego charakteru umowa zostałaby zawarta. Za istotne Saur uznał również to, że w powołanym zobowiązaniu miano nie wskazać na jeden z elementów wymagany w opisie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. element zainwestowania (przeprowadzenia procesu inwestycyjnego projektowania i budowy). Nadto, Odwołujący w sprawie KIO 490/16 podnosił, że LDEF nie będzie brało udziału w realizacji, nie będzie podwykonawcą Ondeo, co przy braku jakiegokolwiek zaplecza po stronie tego wykonawcy przesądzać miało o „nierealności *udostępnienia".* Saur zauważał przy tym, że wykonywanie usługi eksploatacji Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę, co świadczyć miało o bardzo istotnych charakterze tych usług. Tymczasem okoliczności przywołane przez Saur przesądzać miały o tym, że Ondeo na dzień składania ofert nie dysponowało zasobami LDEF. Stąd konieczne miało być co najmniej wezwanie Ondeo do złożenia wyjaśnień, czego zaniechanie miało stanowić naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Saur podnosił, że mało prawdopodobnym jest to, aby Ondeo dysponowało na dzień składania ofert innym zobowiązaniem LDEF, stąd uzasadnionym miało być również zarzucenie Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Ondeo z udziału w postępowaniu.

2. w kontekście warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej:
   Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 490/16 Ondeo nie wykazał, że faktycznie spełnia warunki opisane w tym zakresie przez Zamawiającego, albowiem przedstawił on opłaconą polisę OC, zgodnie z którą był on jedynie ubezpieczonym, nie zaś ubezpieczającym. Tym samym fakt, że na Odneo nie ciążył obowiązek uiszczenia składki przesądzać miał o tym, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku, a Zamawiający zaniechał wezwania Ondeo do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień.
3. w kontekście warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

Odwołujący w sprawie KIO 490/16 przywołał treść pkt 7.2.3.b) IDW oraz odpowiedź na jedno z pytań Wykonawców udzielone przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W jego ocenie, w świetle postanowień przez niego przytoczonych, Zamawiający wymagał, aby osoby wskazywane do pełnienia funkcji kierownika rozruchu legitymowały się pięcioletnim okresem doświadczenia zdobytym w ciągu 5 lat przed terminem składania ofert, tj. w okresie od dnia 3 lutego 2011 r. do 3 lutego 2016 r. Tymczasem osoba wskazana do pełnienia tej funkcji przez Ondeo miała nie legitymować się takim właśnie doświadczeniem. Saur podnosił, że Zamawiający wzywał Ondeo do wskazania dat realizacji oraz liczby RLM odnoszących się do realizacji wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą, a z uzupełnionych dokumentów miało nie wynikać, aby wskazana osoba posiadała wymagane przez Zamawiającego doświadczenie – w ocenie Saur jedynie okres dwóch miesięcy przypadających na 5 lat przed terminem składania ofert został należycie przez Ondeo udowodniony – większość przywołanych w uzupełnionym wykazie pozycji odnosiła się do prac zrealizowanych wcześniej, niż wymagane 5 lat przed terminem składania ofert.

4. w kontekście treści oferty złożonej przez Ondeo:
   Odwołujący w sprawie KIO 490/16 ustalił dwa zapisy w powołanej ofercie, które decydować miały o tym, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ – odnoszące się do:
   1) liczby pomp rezerwowych:
      W ocenie Saur Zamawiający w pkt 5.2.6.6 tomu III SIWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wymagał zaoferowania mu minimum dwóch pomp rezerwowych przy uwzględnieniu przepływu ścieków na poziomie 620m ^{3}/h. Tymczasem Ondeo zaoferowało cztery pompy o wydajności 210 m ^{3}/h, co sprawiać miało to, że tylko jedna z tych pomp mogła zostać uznana za rezerwową.
   2) kanału zrzutowego ścieków oczyszczonych:

W ocenie Saur Zamawiający w OPZ wymagał wykorzystania w nowej oczyszczalni istniejącego kanału zrzutowego ścieków oczyszczonych, co Ondeo miało przewidzieć w pierwotnej treści swojej oferty. Treść ta miała zostać zmodyfikowana późniejszymi wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu.

II. w odniesieniu do konsorcjum Eneris i złożonej przez niego oferty:

1. w kontekście warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia:
Odwołujący w sprawie KIO 490/16 na stronie 19 wniesionego przez siebie odwołania zreferował stan faktyczny w kontekście złożonych przez konsorcjum Eneris wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, treści wezwania przesłanej przez Zamawiającego oraz odpowiedzi na nią udzielonej przez konsorcjum Eneris, podsumowując ten opis

stwierdzeniem, że powołany wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie sprecyzował w tym miejscu jednak tego twierdzenia. W kontekście dokumentów złożonych wraz z ofertą podnosił jedynie, że pierwotne referencje nie potwierdzając należytego wykonania usług, a nadto zauważał, że konsorcjum Eneris wyjaśniało, że nie było w stanie pozyskać dokumentów potwierdzających wielkość finansowania przez WTE inwestycji na Cyprze. W kontekście nowej pracy wskazanej w uzupełnionym wykazie (inwestycja w Czarnogórze) Odwołujący podnosił, że zobowiązanie WTE datowane jest na dzień 8 marca 2016, a zatem już po upływie terminu składania ofert, co miało oznaczać, że konsorcjum Eneris tymi konkretnym potencjałem w odpowiednim czasie jeszcze nie dysponowało. Nadto Saur dostrzegał, że konsorcjum Eneris nie przedstawiło odpowiedniego poświadczenia wystawionego przez miasto Budva (odbiorcę pracy w Czarnogórze), a jedynie oświadczenie własne wystawione przez WTE, co nie powinno zostać przez Zamawiającego uwzględnione.
W kontekście inwestycji na Cyprze Saur twierdził nadto, że informacje zawarte w wykazie złożonym Zamawiającemu uznać należało za nieprawdziwe – miano tam bowiem celowo i sposób oględny wskazać na wysokość finansowania i podmiot do tego zobowiązany, co miało prowadzić do mylnego wrażenia, że podmiotem zobowiązanym do zapewnienia funduszy było WTE. Tymczasem to w gestii ówczesnego a nie finansowania zamawiającego, powołanego wykonawcy, leżała kwestia oczyszczalni. Saur podkreślał przy tym, że konsorcjum Eneris, pomimo wezwania ze strony Zamawiającego, nie zrezygnowało z powoływania się na tę pozycję wykazu, musiało mieć zatem świadomość, że informacje te mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

2. w kontekście wniesionego przez konsorcjum Eneris wadium:
W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 490/16 przedstawiona przez konsorcjum Eneris gwarancja wadialna nie mogła zostać uznana na wystarczającą, albowiem, jego zdaniem, wystawiona została ona jedynie na lidera konsorcjum, co oznaczać miało, że nie zabezpiecza oferty składanej przez konsorcjum Eneris.

3. w kontekście warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:
Odwołujący w sprawie KIO 490/16 posiłkując się przedstawionym przez siebie rozumieniem warunku opisanego w pkt 7.2.3.b) IDW (w uzasadnieniu jednego z zarzutów podnoszonych wobec oferty złożonej przez Ondeo), także wobec osób wskazanych przez konsorcjum Eneris twierdził, że nie legitymują się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. W odniesieniu do każdej z trzech wskazanych w tej ofercie osób Saur twierdził, że nie został wykazany okres 60 miesięcy w ostatnich

5 latach i tak w odniesieniu do T. R. Saur uwzględnił jedynie 17 miesięcy za wykazane prawidłowo, w odniesieniu do R. M. uwzględnił jedynie 44 miesiące, zaś w odniesieniu do M. K. uwzględnił jedynie 45 miesięcy,
przy czym przy każdej z tych osób zauważył, że w okresie poprzedzającym ostatnie 5 lat wykazano kolejne okresy doświadczenia, które wykraczać jednak miały poza wymagane przez Zamawiającego ramy czasowe.
W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 490/16 Zamawiający winien wezwać konsorcjum Eneris od uzupełnienia formularza „Potencjał *kadrowy”* w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp.

4. w kontekście złożonej przez konsorcjum Eneris listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej:
   Odwołujący w sprawie KIO 490/16 twierdził, że konsorcjum Eneris przedstawił niepełną listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej – miał on zaniechać wskazania na podmioty Eneris International S.A. oraz Eneris Research & Investment S.A. Miało to stanowić podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z udziału na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na przedstawienie niekompletnej listy oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji.

III. w odniesieniu do obu ww. wykonawców i złożonych przez nich ofert:
   Odwołujący w sprawie KIO 490/16, jako konsekwencję wcześniejszych zarzutów, zarzucał również Zamawiającemu zaniechanie uznania oferty złożonych przez Ondeo i konsorcjum Eneris za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a także dokonania wyboru z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a w wyniku czego również naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.
   Niejako obok powyższego, Saur zarzucał również Zamawiającemu, że wzywając tak Ondeo, jak i konsorcjum Eneris, do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, oczekiwał od obu wykonawców również uzupełnienia informacji dotyczących obiektów technologicznych, co konsorcjum Eneris miało uczynić, a Zamawiający tego nie zakwestionował.
   Saur twierdził również, że Zamawiający zbyt późno udostępnił mu do wglądu oferty złożone przez dwóch pozostałych wykonawców – miał to uczynić bowiem dopiero w dniu 29 marca 2016 r., podczas gdy o wyborze oferty najkorzystniejszej poinformował już w dniu 25 marca 2016 r.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 490/16 wnosił o „uwzględnienie *odwołania i nakazanie Zamawiającemu:*
unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Ondeo, −

wykluczenie wykonawcy Ondeo i uznanie jego oferty za odrzuconą, ewentualnie −
uprzednie wezwanie do uzupełnienia,
wykluczenie wykonawcy Eneris i uznanie jego oferty za odrzucona, ewentualnie −
uprzednie wezwanie do uzupełnienia,
dokonanie ponownego badania i oceny ofert, −
dokonanie wyboru oferty Odwołującego.” −

491/16

Odwołanie w sprawie KIO 491/16 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy: Ondeo oraz zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez Ondeo oraz przez Saur. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. „art. *24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ONDEO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Ondeo”) z postępowania, mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia;*
2. *art. 26 ust 3 Pzp w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Ondeo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał należycie spełniania powyższego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem Ondeo z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą;*
3. *art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ondeo, mimo iż jej treść nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ;*
4. *art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saur Polska sp.o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Saur”), mimo iż jej treść nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ;*
5. *art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu*

na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy."

Uzasadniając tak sformułowane twierdzenia konsorcjum Eneris podnosiło co następuje:

I. w odniesieniu do wykonawcy Ondeo i złożonej przez niego oferty:

1. w kontekście warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia:
   Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że ocenie Zamawiającego powinien podlegać wykaz osób uzupełniony w dniu 3 marca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Konsorcjum Eneris stało na stanowisku, że dwie spośród wykazanych

prac mających dokumentować doświadczenie wykazywanej osoby dotyczyły oczyszczalni ścieków o mniejszej niż wymagana w IDW liczbie RLM – odpowiednio w Getarii – 4 600 RLM i w Algemesa – 21 320 RLM, zaś suma miesięcy pozostałego doświadczenia nie wynosiła wymaganych 5 lat.
Nadto w odniesieniu do drugiej z pozycji w powołanym wykazie podnosił Odwołujący w sprawie KIO 491/16, że jako okres realizacji wskazano „10.2012 – *11.2015",* stwierdzając przy tym, że nie wydaje się możliwe prowadzenie prac rozruchowych jednej oczyszczalni nieprzerwanie przez 3 lata, co miało wskazywać albo na omyłkę, albo na wskazanie okresu realizacji całego kontraktu, a nie tylko prac rozruchowych. W takim przypadku doświadczenie byłoby krótsze od podanego w wykazie, zwiększając dodatkowo różnicę miedzy doświadczeniem wskazanym, a wymaganym w IDW.

2. w kontekście warunku posiadania wiedzy i doświadczenia:
   Odwołujący w sprawie KIO 491/16 zauważył, że Ondeo powołało się na zasoby podmiotu trzeciego – LDEF i w tym kontekście podnosił, że wykonawca ten nie wskazał LDEF jako podwykonawcy, co przy uwzględnieniu treści zobowiązania podpisanego w imieniu LDEF świadczyć miało o tym, że Ondeo nie przewidziało faktycznego udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby. To z kolei miało decydować o tym, że Ondeo nie wykazało realności dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

3. w kontekście treści oferty złożonej przez Ondeo:
   1) co do wydajności hydraulicznej:
      Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że Ondeo przyjmując w ofercie wartość średniego przepływu na poziomie 5200 m^3/h nie spełniło wymagań określonych w pkt 5.2.1 OPZ, gdzie wskazano na wartość średniego przepływu dobowego na poziomie 5250 m^3/h, którą dodatkowo należało powiększyć o dodatkową 10% rezerwę. Podobnie podanie wartości maksymalnego dobowego przepływu Q_{dmax} =10 900 m^3/h, zamiast Q_{dmax} =11 000 m^3/h również świadczyć miało o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Konsorcjum Eneris wskazywało w kontekście tego zarzutu, że 10% rezerwę należało dodać do wielkości podanych w kolumnie opisanej hasłem „obecnie" zawartej w pkt 3.5.3 OPZ.
   2) co do ładunków zanieczyszczeń:
      Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 do wartości podanych w tabeli zawartej w pkt 5.2.5.1 OZP w kolumnie „obecnie" należało dodać zgodnie z zapisanym tam wymogiem 10% rezerwę dla parametrów „BZT5" oraz N_{og}", czego Ondeo nie przewidziało w swojej ofercie. Nadto dla wartości fosforu ogólnego („P_{og}"), w ocenie Odwołującego w sprawie KIO 491/16, uwzględnić należało również

wyniki z badań, które stanowiły załącznik nr 6 do OPZ – ostatecznie, po uwzględnieniu 10% rezerwy prawidłowa miała być wartość 97kg/d.
   3) co do pompowni dopływowej:
      Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 Ondeo, przy uwzględnieniu parametrów wydajności zaoferowanych przez tego wykonawcę pomp (210 m^3/h), ich liczby (4) oraz wskazanej w SIWZ wielkości maksymalnego dopływu Q_{hmax} =620 m^3/h, zaoferowało tylko jedną pompę rezerwową, gdy w pkt 5.2.6.6 OZP wymagane były minimum dwie pompy rezerwowe. Konsorcjum Eneris podnosiło w tym kontekście, że zgodnie z powołanym punktem OPZ wykonawca w sytuacji krytycznej miał zapewnić pracę wszystkich pomp zainstalowanych, w tym także dwóch rezerwowych,

czego oferta Ondeo miała nie gwarantować.

4) co do jakości osadu:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że Ondeo nie potwierdziło wyraźnie, że poziom suchej masy osadu gwarantuje przy zachowaniu opisanego w pkt 3.5.2 OZP wymogu maksymalnego zużycia polimerów, równego lub mniejszego od 10 kg substancji czynnej/Mg s.m.o.

5) co do składowania osadów:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że Ondeo nie potwierdziło spełnienia w swojej ofercie wymagania opisanego w pkt 5.2.6.17 OPZ, ponieważ powierzchnia zaoferowanych przez Ondeo boksów nie daje możliwości tworzenia wewnątrz nich pryzm, ani możliwości utworzenia właściwego dostępu do tych pryzm oraz operowania osadem.

6) co do ścieków własnych:
Z oferty złożonej przez Ondeo miało nie wynikać, aby Wykonawca ten przewidział odprowadzenie ścieków własnych z pompowni wody surowej i budynku krat rzadkich do sieci kanalizacyjnej wewnętrznej ani do oddzielnego zbiornika ścieków własnych. Odwołujący w sprawie KIO 491/16 przywoływał w tym kontekście treść pkt 5.2.6.4 OPZ, którego takie rozwiązanie miało nie spełniać. Konsorcjum Eneris przyznawało, że ścieki własne stanowią niewielką, znikomą ilość w stosunku do ilości ścieków dopływających z miasta, niemniej jednak podkreślało jednoznaczność tego wymagania. Zarzucało również Ondeo, że nie przewidziało w swojej ofercie wymaganego w powołanym punkcie OPZ odcięcia za przepływomierzem.

7) co do ciągów technologicznych:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 wskazał na wymóg wyposażenia oczyszczalni w dwa niezależne ciągi technologiczne (pkt 5.2.5.4 OPZ), czego Ondeo miało w swojej ofercie nie zapewnić.

8) co do pomiaru na odpływie ścieków oczyszczonych:

Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 Ondeo zastosowało nieskuteczny pomiar – z przedstawionego wraz z ofertą profilu hydraulicznego miało wynikać, że lokalizacja przepływomierza elektromagnetycznego nie gwarantowała jego prawidłowej pracy.

9) co do systemu dezodoryzacji:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 odwołując się do treści pkt 4.1 OPZ i przywołanych tam zasad najlepszej wiedzy inżynierskiej twierdził, że zaoferowany przez Ondeo system dezodoryzacji nie spełniał szeregu wymagań co do odcieków ze skruberów.

II. w odniesieniu do wykonawcy Saur i treści złożonej przez niego oferty:

1. co do wydajności hydraulicznej:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 formułował analogiczne twierdzenia, jak w odniesieniu do oferty złożonej przez Ondeo.
2. co do ładunków zanieczyszczeń:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 formułował analogiczne twierdzenia, jak w odniesieniu do oferty złożonej przez Ondeo.
3. co do zapewnienia ciągłości oczyszczania:
Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 Saur nie zapewniło ciągłości pracy istniejącej oczyszczalni wymaganej w pkt 5.2.3 oraz pkt 3.1.2 OPZ.
4. co do ciągów technologicznych:
Odwołujący w sprawie KIO 491/16 formułował analogiczne twierdzenia, jak w odniesieniu do oferty złożonej przez Ondeo.
5. co do systemu dezodoryzacji:
W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 491/16 Saur pominęło w swojej ofercie przy opisywaniu systemu dezodoryzacji pomieszczenia pomp, co było wymagane w pkt 5.2.6.23 OPZ.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 491/16 wnosił o „uwzględnienie *odwołania i nakazanie Zamawiającemu:*

1. *unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;*
2. *dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert Ondeo i Saur;*

3. *wykluczenia Ondeo ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia;*
4. *odrzucenia ofert Ondeo i Saur jako niezgodnych z SIWZ;*
5. *ewentualnego wezwania Ondeo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,*

a w przypadku ich nieuzupełnienia lub uzupełnienia w sposób nieprawidłowy - wykluczenia Ondeo z postępowania;
6. *dokonania wyboru oferty Konsorcjum Eneris jako najkorzystniejszej."*

Na mocy zarządzenia Prezesa Izby z dnia 7 kwietnia 2016 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

W dniu 6 kwietnia 2016 r. Prezesowi Izby doręczone zostały zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 490/16 i KIO 491/16, oba po stronie Zamawiającego, złożone w imieniu Ondeo.

W dniu 7 kwietnia 2016 r. Prezesowi Izby doręczone zostały zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, każde po stronie Zamawiającego, złożone:
w imieniu Saur w sprawie KIO 483/16 i KIO 491/16 oraz −
− w imieniu konsorcjum Eneris w sprawie KIO 483/16 i KIO 490/16.

Skuteczność tych zgłoszeń nie była kwestionowana, nie wniesiono wobec nich opozycji. Izba uznała, że powołani wykonawcy uzyskali status uczestnika postępowania odwoławczego w każdej ze spraw, w której takiego zgłoszenia dokonali.

W dniu 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający, w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz uczestników postępowania, oświadczył, że uwzględnienia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 483/16.

Izby wykluczyła w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W toku posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz uczestników postępowania, Saur oraz konsorcjum Eneris, niezależnie od siebie, oświadczyli, że wnoszą sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 483/16.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowań odwoławczych, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw, z uwzględnieniem stron oraz postępowań odwoławczych stanowisk uczestników (za wyjątkiem stanowiska prezentowanego w sprawie KIO 490/16 przez konsorcjum Eneris w zakresie, w jakim było ono sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego, po stronie którego konsorcjum to w powołanej sprawie przystąpiło do postępowania odwoławczego – zgodnie bowiem z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania

odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił), skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba była zobowiązana zbadać, czy Odwołującemu w każdej z rozpoznawanych spraw, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Jak ustaliła Izba, zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 25 marca 2016 r. Zamawiający nie wykluczył z postępowania żadnego wykonawcy, nie odrzucił też żadnej z trzech złożonych mu ofert – przeciwnie, każdą z nich ocenił i przypisał jej odpowiednią ilość

punktów w każdym z dwóch kryteriów oceny ofert opisanych w rozdziale 14 IDW (w przypadku kryterium „Wrażliwość *przedsięwzięcia"* każda z ofert otrzymała tę samą, maksymalną liczbę punktów, tym samym jedynym co różnicowało złożone Zamawiającemu oferty były oceniane w kryterium „Suma *stawek"* stawki jednostkowe zaoferowane za realizację przedmiotu zamówienia). Na podstawie tych ustaleń Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Ondeo. Drugą w kolejności liczbę punktów uzyskała oferta złożona przez konsorcjum Eneris, trzecią zaś oferta złożona przez Saur.

Wobec tak ustalonego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia odwołanie wniosło m.in. Ondeo (483/16) oraz konsorcjum Eneris (KIO 491/16). Podnoszone przez nich zarzuty (w przypadku Ondeo – wszystkie, a zatem i te podnoszone wobec oferty złożonej przez konsorcjum Eneris, jak i te podnoszone wobec oferty złożonej przez Saur, zaś w przypadku konsorcjum Eneris – te które odnosiły się do oferty złożonej przez Saur), odnosiły się do ofert, które zostały sklasyfikowane przez Zamawiającego w rankingu ofert poniżej oferty Wykonawcy, który złożył rozpoznawane przez Izbę odwołanie. Co istotne, nie było w obu sprawach sporne to, że zarzuty podnoszone przez każdego z dwóch powołanych Odwołujących (tak w sprawie KIO 483/16, jak i w sprawie KIO 491/16 w odniesieniu do oferty Saur), w przypadku potwierdzenia się ich zasadności, nie mogły doprowadzić do zmiany kolejności ofert w rankingu ustalonym przez Zamawiającego w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w IDW. Zarzuty te zmierzały tylko i wyłącznie do wyeliminowania z udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne od oferty Wykonawcy, który odwołanie to (w zakresie tu rozpoznawanym) wnosił. Tym samym odwołania te (w omawianym tu zakresie) nie służyły obronie oferty wnoszącego odwołanie Wykonawcy, czy też wyeliminowaniu ofert, które stały na drodze do uznania oferty Wykonawcy odwołującego się za najkorzystniejszą. Miały one służyć jedynie wyeliminowaniu z udziału w postępowaniu (wykluczeniu Wykonawcy lub odrzuceniu złożonej przez niego oferty) Wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne od oferty Wykonawcy wnoszącego

odwołanie (w omawianym tu zakresie). Oferty Wykonawców wnoszących odwołanie (w omawianym tu zakresie), w przypadku gdyby złożone były prawidłowo, a zatem tak, jak ocenił to w toku badania i oceny ofert Zamawiający, nie mogły zostać, w świetle kryteriów opisanych w rozdziale 14 IDW ocenione mniej korzystnie od ofert, kwestionowanych w obu rozpoznawanych odwołaniach, tj. w przypadku Ondeo i wniesionego przez nie odwołania, poniżej ofert złożonych przez konsorcjum Eneris oraz Saur (sprawa KIO 483/16), zaś w przypadku konsorcjum Eneris , poniżej oferty złożonej przez Saur (sprawa KIO 491/16). W ocenie Izby tak postawione zarzuty nie mieszczą się w ramach przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Pzp (odwołanie i skarga) przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W ocenie Izby, w omawianym powyżej zakresie, żaden z dwóch odwołujących się Wykonawców nie wykazał, jaką szkodę mógłby on ponieść w przypadku, gdyby przeprowadzone przez Zamawiającego badanie ofert mniej korzystnych od oferty przez niego złożonej okazało się, w granicach zarzutów sformułowanych we wniesionym przez niego odwołaniu, dokonanym z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.
Zgodnie z powołanym przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca wnoszący odwołanie jest zobowiązany wykazać posiadania interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, którego wnoszone przez niego odwołanie dotyczy, nadto musi on wykazać również możliwość poniesienia szkody. W rozpoznawanym tu przypadku i w omawianym zakresie (w sprawie KIO 483/16 w odniesieniu do całego odwołania, zaś w sprawie KIO 491/16, w odniesieniu do zarzutów podnoszonych wobec oferty złożonej przez Saur), tak interes, jak i możliwość poniesienia szkody nie występują. Jak to już wskazywano, niezależnie od oceny tak sformułowanych zarzutów, w tak ustalonym stanie faktycznym, oferty złożone przez odwołujący się Wykonawców, zgodnie z kryteriami opisanymi w rozdziale 14 IDW, zawsze zostałyby sklasyfikowane w rankingu ofert powyżej ofert w tych odwołaniach kwestionowanych (w omawianym tu zakresie). Nie można bowiem

przyjąć, że zarzuty i wnioski skierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, mogą w rozpoznawanych sprawach rzutować na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – wykluczenie wykonawców, czy też zaniechanie tej czynności, a także odrzucenie bądź nie ofert innych

wykonawców, które to oferty okazały się w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu mniej korzystne od ofert obu Odwołujących pozostaje dla każdego z odwołujących się Wykonawców neutralne.

Odwołujący w sprawie KIO 483/16 twierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a dokonany przez Zamawiającego wybór jego oferty jako najkorzystniejszej nie jest jeszcze ostateczny. W przypadku skutecznego zaskarżenia oferty złożonej przez Ondeo przez któregokolwiek z pozostałych Wykonawców, niemożliwe byłoby podniesienie przez w sprawie KIO 483/16 zarzutów wobec złożonych Odwołującego ofert przez konsorcjum Eneris oraz Saur na dalszym etapie postępowania. Zdaniem Ondeo posiadało ono interes w skarżeniu zaniechań Zamawiającego w odniesieniu do pozostałych ofert, które znalazły się na niższej pozycji w rankingu ofert w wyniku oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Podobną argumentację prezentował Odwołujący w sprawie KIO 491/16 w kontekście zarzutów podnoszonych przez niego w odniesieniu do oferty złożonej przez Saur.

W ocenie Izby, w świetle powyższego nie sposób zgodzić się z tymi twierdzeniami obu Odwołujących, albowiem w rozpoznawanej sprawie, w omawianym powyżej zakresie, tak Ondeo kwestionującemu dwie oferty mniej korzystne od oferty własnej, tj. oferty konsorcjum Eneris i Saur, jak i konsorcjum Eneris, w tej części odwołania, w której kwestionowało ono ofertę Saur, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, które Izba miałaby obowiązek rozpoznać merytorycznie.

Podobnie Izba w sprawie KIO 2605/14: „Podkreślenia *wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako* środek *ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w* świetle *ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi* środka *mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale* środek *zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż* »[…] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują

wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie *w uzyskaniu zamówienia"* oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników

procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes *w uzyskaniu zamówienia"* i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy.
Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie i koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes

w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.« *Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze* środka *ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi, w części, w jakiej podnoszone zarzuty dotyczą oferty niżej sklasyfikowanej [mniej korzystnej], niż oferta Odwołującego. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący nie był w stanie wykazać,* że *zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta oceniona została jako mniej korzystna niż oferta Odwołującego, może spowodować poniesienie przez niego szkody w danym postępowaniu."* Dalej Izba w powoływanym wyroku wskazała, że niewłaściwym byłoby rozpoznawanie zarzutów, które samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania: „Wykonawca, *wnosząc* środek *ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez Obie przesłanki z art. 179 zamawiającego. materialnoprawne, wynikające ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może*

toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10,

z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11], z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: »Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego *zamówienia",* co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie«. *Nie można bowiem akceptować sytuacji, kiedy Odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzuty, co do których niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, to jest zarzuty kierowane wobec wykluczenia z postępowania i odrzucenia własnej oferty [których to potwierdzenie zarzutów realizuje w pełni jego interes, skoro jego oferta byłaby najkorzystniejszą, gdyby podlegała ocenie], »podpina« pod te zarzuty szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w* żaden *sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia [tak wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12]. Powyższe stanowiłoby o obejściu regulacji ustawy, traktujących odwołanie jako* środek *nakierowany na realizację interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. Ten interes, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą, sprowadza się więc do podejmowania działań mających na celu wyłącznie spowodowanie stanu, w którym będzie podlegała ona ocenie [a zatem zwalczania czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty takiego wykonawcy], nie zaś do czynności neutralnych dla wyboru oferty Odwołującego, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta Odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu. Ponadto, sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i nie zmierzają do wyboru jego oferty w postępowaniu. Wszak odwołanie, po myśli art. 180 ust. 1 ustawy, przysługuje od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego lub*

zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że każda z czynności lub zaniechań zamawiającego, może być przedmiotem samodzielnego odwołania i z osobna musi być rozpatrywana przez pryzmat dopuszczalności odwołania, spełnienia przesłanek do jego rozpatrzenia [takich choćby jak zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz innych podstaw wskazanych w art. 189 ust. 1 ustawy], wreszcie, co do każdej z nich wykonawca musi legitymować się istnieniem przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy."

Co istotne, poglądy wyrażone w powołanym orzeczeniu Izby podzielił również Sąd Okręgowy w Poznaniu w sprawie X Ga 85/15, w orzeczeniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., wydanym, w wyniku skargi na powołane orzeczenie Izby, który za słuszny przyjął argument, że „możliwość *poniesienia szkody przez odwołującego, obejmuje jedynie te działania*

wykonawcy, które zmierzają do utrzymania oferty odwołującego w postępowaniu" i dalej „ *gdy oferta odwołującego jest korzystniejsza, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i niepodlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty odwołującego pozostaje bowiem neutralne dla tego wykonawcy."* W podsumowaniu prezentacji swego stanowiska Sąd Okręgowy podkreślił, że „wbrew *zarzutom odwołania możliwa i dopuszczalna jest ocena przesłanki interesu i szkody odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów odwołania. Treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera bowiem zapisów, które uniemożliwiałyby taką ocenę."*

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba uznała, że w sprawie w KIO 483/16 – co do całego odwołania, zaś w sprawie KIO 491/16 – co do zarzutów skierowanych wobec oferty złożonej przez Saur, wnoszącym te odwołania wykonawcom (Ondeo w sprawie KIO 483/16 i konsorcjum Eneris w sprawie KIO 491/16), w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Uwzględniając fakt, że tak Ondeo, jak i konsorcjum Enersi, w omawianym tu zakresie, nie wykazali przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie rozpoznała merytorycznie stawianych w powołanych odwołaniach zarzutów.

W odniesieniu do odwołania wniesionego w sprawie KIO 490/16 w całości (Saur kwestionowało dwie oferty ocenione przez Zamawiającego jako korzystniejsze od oferty

przez nie złożonej), oraz w odniesieniu do odwołania wniesionego w sprawie KIO 491/16 w zakresie zarzutów, które konsorcjum Eneris skierowało przeciw korzystniejszej od złożonej przez nie oferty Ondeo, Izba stwierdziła, że Odwołującemu w każdej z tych dwóch spraw, we wskazanym tu zakresie, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw objętych merytorycznym rozpoznaniem zarzutów, tak KIO 490/16, jak i KIO 491/16, dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby (wysłane w związku ze sprawami KIO 483/16, KIO 490/16 i KIO 491/16) i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty złożone przez Strony i uczestników w każdej ze spraw, tak z odwołaniami, jak i w toku rozprawy przed Izbą, przy uwzględnieniu zastrzeżeń poczynionych poniżej. Izba uwzględniła również dokumenty udostępnione przez Zamawiającego w toku rozprawy w dniu 20 kwietnia 2016 r., a także, jako znane jej z urzędu dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby (wysłane w związku ze sprawami KIO 229/16 i KIO 277/16) i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w obu odwołaniach, Izba ustaliła, że Zamawiający, w rozdziale 5 IDW wskazał m.in., że „Wyłoniony *w ramach prowadzonego postępowania Partner Prywatny będzie zobowiązany do odbioru i oczyszczania* ścieków *z Miasta Mławy oraz do budowy Oczyszczalni* ścieków *i jej eksploatacji zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa polskiego oraz zgodnie z wymaganiami Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej OPZ."* Zgodnie z pkt 5.1 IDW: „Szczegółowe *określenie zakresu przedmiotu zamówienia zawarte jest w Tomie II* [Wzór umowy] *i III SIWZ* [OPZ]".

W pkt 5.2 IDW Zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca *nie może powierzyć podwykonawcy realizacji części zamówienia polegającej na* świadczeniu *usług oczyszczania zbiorowo odebranych* ścieków *komunalnych".*

Zgodnie z pkt 7.2.2.I IDW o zamówienie mógł ubiegać się wykonawca, który: „wykaże *się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert,*

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, działalności gospodarczej polegającej na: eksploatacji 2 oczyszczalni ścieków komunalnych oraz zainwestowaniu w ciągu ostatnich 10 lat w każdej oczyszczalni min. 35 mln PLN netto łącznie w projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne. Eksploatowana

oczyszczalnia winna obsługiwać min.40 000 RLM oraz posiadać średnią *dobową przepustowość min.5 000 m 3 /d".*

W pkt 7.3.b).3) IDW Zamawiający wymagał od wykonawcy, aby ten wskazał do pełnienia funkcji kierownika rozruchu osobę o wykształceniu wyższym technicznym oraz posiadającą: „doświadczenie *w ciągu ostatnich pięciu lat w kierowaniu pracami rozruchowymi oczyszczalni dla* ścieków *komunalnych obsługującej min. 40 000 RLM".*

W pkt 7.4 IDW Zamawiający pouczył wykonawców, zgodnie z przepisami ustawy oraz 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. 231), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów, mogą polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jednakże muszą oni wykazać gwarancję rzeczywistego dostępu do tych zasobów. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca *w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia – wzór zobowiązania stanowi Formularz 3.6".*

Zamawiający wymagał m.in. przedstawienia mu przez wykonawcę wraz z ofertą:

- listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (pkt 8.1.8 IDW),
- wykazu osób „na *formularzu zgodnym z treścią Formularza* »Potencjał Kadrowy«" (pkt 8.2.2 IDW),
- wykazu wykonanych usług „na *formularzu zgodnym z treścią Formularza* „»Wiedza i Doświadczenie«" (pkt 8.2.3.A) IDW),
- oryginału gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądz, albo potwierdzenia wniesienia wadium w pieniądzu (pkt 9.6.4 IDW),
- planu sytuacyjnego nowej Oczyszczalni ścieków w skali 1:1000 (pkt 9.6.5 IDW),
- opisu technologicznego nowej Oczyszczalni wraz z wykazem głównych urządzeń technologicznych i ogólnym opisem poszczególnych obiektów (pkt 9.6.6 IDW),
- schematu technologicznego oraz profilu hydraulicznego planowanej Oczyszczalni (pkt 9.6.7 IDW).

Zgodnie z pkt 11.1 IDW wykonawca składający Zamawiającemu swoją ofertę zobowiązany był do wniesienia wadium we wskazanej w tym punkcie wysokości.

W pkt 18.6 IDW Zamawiający postanowił, że „w *przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią wyjaśnień jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego",* zaś w pkt 18.9 IDW wskazał on również,

że „jeżeli *zmiana treści SIWZ będzie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający dokona zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób przewidziany w art. 38 ust. 4a ustawy Pzp oraz, jeżeli będzie to konieczne, przedłuży termin składania ofert, zgodnie z art. 12a ustawy Pzp".*

Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7 pisemnego protokołu postępowania, upłynął w dniu 3 lutego 2016 r. o godz. 12:00.

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty, złożone odpowiednio przez konsorcjum Eneris, Ondeo oraz Saur (pkt 9 pisemnego protokołu postępowania).

Pismami z dnia 23 lutego 2016 r. Zamawiający wzywał każdego z trzech wykonawców

do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń złożonych wraz z odpowiednią ofertą. W odpowiedzi na te wezwania, każdy z trzech wykonawców przedstawił wyjaśnienia lub uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń.

Pismem z dnia 25 marca 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ondeo. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta złożona przez konsorcjum Eneris, na trzecim zaś oferta złożona przez Saur.

Wobec powyższego tak konsorcjum Eneris, jak i Saur, złożyli własne odwołanie.

Szczegółowe ustalenia faktyczne, właściwe dla każdego z rozpoznawanych zarzutów, Izba poczyniła przy rozpoznawaniu zasadności poszczególnych zarzutów.

Uwzględniając dokonane wcześniej rozstrzygnięcia w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione w sprawie KIO 490/16 w całości, zaś odwołanie wniesione w sprawie KIO 491/16 w części odnoszącej się do oferty złożonej przez Ondeo, rozpoznała w granicach zarzutów (a w szczególności w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w każdym z rozpoznawanych merytorycznie odwołań) w nich i popieranych w postępowania zawartych toku odwoławczego. Izba przyjęła przy tym, że skoro zgodnie z powołanym przepisem może ona orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Tym samym za rozstrzygającą o granicach zaskarżenia w każdym przypadku Izba uznała treść rozpoznawanego odwołania.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w każdym z dwóch odwołań rozpoznawanych merytorycznie odwołań, doszedł do przekonania, że zarzuty sformułowane przez Odwołujących w sprawach KIO 490/16 oraz KIO KIO 491/16 (w granicach, w jakich to odwołanie zostało merytorycznie rozpoznane) nie znalazły oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a to z kolei spowodowało, że odwołania te, jako takie, nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 490/16

Izba rozpoznała zarzuty podnoszone przez Saur w kolejności zgodnej z systematyką uzasadnienia wniesionego przez tego Wykonawcę odwołania, tym samym ustaliła i zważyła co następuje co do zarzutów podniesionych:

I. w odniesieniu do wykonawcy Ondeo i złożonej przez niego oferty:

1. w kontekście warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia:

   W świetle twierdzeń zamkniętych w odwołaniu Saur nie kwestionował tego, że podmiot udostępniający Odneo swoje zasoby nie posiada odpowiedniej, wymaganej w IDW, wiedzy i doświadczania, a jedynie, że nie zostało wykazane to, aby zasoby tego podmiotu zostały skutecznie Ondeo udostępnione. Saur w kontekście złożonego wraz z ofertą Ondeo zobowiązania LDEF (str. 251 i n. oferty) wskazywał na trzy okoliczności mające świadczyć o zasadności podnoszonego przez niego zarzutu, a mianowicie na lakoniczność treści tegoż zobowiązania, niewskazanie na udostępnienie zasobów w zakresie inwestowania wskazanego w treści opisu warunku, a nadto na wskazanie, że LDEF nie będzie brało udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

   Izba uznała, że tak zakrojony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. W ocenie Izby nie zostało w tok postępowania odwoławczego wykazane, aby przedstawione przez Ondeo zobowiązanie złożone w imieniu LDEF nie wypełniało minimalnych wymagań zakreślonych przez Zamawiającego dla tego rodzaju zobowiązań, w szczególności w pkt 8.2.6 i 8.2.7 IDW, a nadto było zbyt lakoniczne w swej treści. Jak to zostało wskazane powyżej, Zamawiający w pkt 7.4 IDW wskazał, że wzór zobowiązania podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zasoby wykonawcy, stanowił załącznik do IDW – formularz 3.6. Zestawienie wymaganej przez Zamawiającego minimalnej treści dla

takiego zobowiązania, wynikające z powołanego formularza 3.6 ze zobowiązaniem ze strony 251 i n. oferty Ondeo, pozwala stwierdzić, że zobowiązanie złożone w imieniu LDEF zawiera wszystkie minimalne, wymagane przez Zamawiającego elementy. Wskazano tam m.in. na udostępnienie Wykonawcy do bezpośredniego wykorzystania

przez m.in. szkolenia, treningi lub konsultacje w celu wykorzystania wiedzy i doświadczania managerów i pracowników LDEF, a nadto wyraźne zobowiązanie do udostępnienia pracowników tego podmiotu w celu uczestniczenia w czynnościach związanych z zarządzaniem oczyszczalnią. Wskazano na umowę dotyczącą udzielenia wsparcia w zarządzaniu oczyszczalnią oraz fakt przynależności do tej samej grupy kapitałowej. W kontekście treści zobowiązania przedstawionego na stronie 251 i n. oferty Ondeo i wymagań postawionych przez Zamawiającego takim zobowiązaniom, wątpliwości zgłaszane przez Saur w odniesieniu do tegoż zobowiązania jako takiego, które miało być zbyt lakoniczne, uznać należało za takie, które wykraczają poza niezbędny minimalny zakres wymagany przez Zamawiającego w IDW w sposób odpowiadający wymaganiom przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz przepisom rozporządzania w sprawie dokumentów. Zgodnie z powołanymi przepisami, oraz opartymi na nich i z nimi korespondującymi odpowiednimi zapisami IDW (przywołanymi powyżej), w kontekście twierdzeń formułowanych przez Odwołującego w sprawie KIO 490/16, za nieuzasadnione należało uznać twierdzenie, że treść przedstawionego przez Ondeo zobowiązania wystawionego w imieniu LDEF pod znakiem zapytania stawiała realność udostępnienia przez ten podmiot swoich zasobów Ondeo. W tym też kontekście zauważania wymagało to, że tak z przywołanych przepisów prawa, jak i z samych zapisów IDW, nie można było wywieść, aby koniecznym było w okolicznościach faktycznych przytoczonych przez Odwołującego w sprawie KIO 490/16, aby podmiot udostępniający Ondeo swoje zasoby obowiązkowo uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia jako podwykonawca.

Zauważenia wymagało również to, że na etapie odwołania Saur twierdził, iż oświadczenie o udostępnieniu zasobów nie obejmuje swym zakresem inwestowania, które objęte było opisem warunku zawartym w pkt 7.2.2 IDW. Tymczasem już w piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 r. z twierdzenia tego *de facto* Saur już się wycofał – przyznał bowiem, że w „na *początku oświadczenia określony został zakres udostępnianego zasobu w sposób obejmujący* »eksploatację« *oczyszczalni* ścieków *komunalnych oraz* »zainwestowanie« *w tej oczyszczalni min. 35 mln. PLN w projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne".* Faktem jest, że w powołanym piśmie formułował w dalszej jego cześci twierdzenia o braku opisania w zobowiązaniu sposobu wykorzystania wiedzy i doświadczenia w zakresie „zainwestowania", jednakże twierdzenia te nie były objęte zarzutami zamkniętymi w odwołaniu. W tym bowiem zakresie, który zakreślony zostało odwołaniem i został tu omówiony, jak to już wskazano, Saur przyznał, że LDEF odwołuje się w swym zobowiązaniu do prawidłowo

opisanego zasobu, a zatem obejmuje swą treścią odwołanie również do faktu „zainwestowania".

Wobec powyższego, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przytoczonych w tym punkcie odwołania.

Faktem jest, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość, aby Wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu, czy też zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Pamiętać przy tym należy, że w takiej sytuacji zobowiązany jest on udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający zaś, w trakcie oceny spełniania warunków, jest zobowiązany dokonać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego

wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów musi wszak wypływać odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego właśnie (udostępnianego wykonawcy) potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. W zobowiązaniu LDEF, wbrew twierdzeniom Saur, minimalny opis takiego sposobu wykorzystania zasobów został zawarty. Tym samym Ondeo wypełniło ciążący na nim, zgodnie z powołanym przepisem art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów (LDEF) w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia (w zobowiązaniu mowa m.in. o zapewnieniu udziału pracowników LDEF w czynnościach związanych z zarządzaniem oczyszczalnią) oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów (w zobowiązaniu mowa umowie łączącej oba podmioty – Ondeo i LDEF, której przedmiotem jest wsparcie w zarządzaniu oczyszczalnią). Wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego winien przedstawić dokumenty lub oświadczenia, które potwierdzą w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów tegoż podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (Ondeo jako taki właśnie dokument przedstawiło zobowiązanie wystawione w imieniu LDEF). Istotnym jest przy tym to, aby przedstawione przez niego dokumenty i oświadczenia potwierdzały, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci ma charakter realny i że zasoby te

faktycznie będą mogły zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia (Saur nie wykazał w żaden sposób, aby Ondeo, odwołując się tylko do przestawionego w swojej ofercie zobowiązania LDEF, nie mogło korzystać na etapie realizacji przedmiotu zamówienia z zasobów LDEF) Wykazanie wszystkich tych okoliczności służyć ma bowiem udowodnieniu Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również potwierdzeniu, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Innymi słowy, służyć miało to wykazaniu, że wykonawcy realnie udostępniono potencjał podmiotu trzeciego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby przedstawione przez Ondeo zobowiązanie LDEF nie wypełniało minimalnego zakresu wymogów stawianych tego rodzaju dokumentom.

2. w kontekście warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej:

   Pismem z dnia 15 kwietnia 2016 r. Odwołujący w sprawie KIO 490/16 wycofał zarzut postawiony w tym zakresie, stąd też Izba nie rozstrzygała o jego zasadności.

3. w kontekście warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

   W ocenie Izby zaprezentowany przez Odwołującego w sprawie KIO 490/16 sposób wykładni treść pkt 7.2.3.b) IDW w zestawieniu z udzieloną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30 grudnia 2015 r. odpowiedzią na pytanie nr 75 nie zasługiwał na uznanie za jedyny wiążący sposób interpretacji powołanych zapisów.

   Jak ustaliła Izba w przypadku powołanego pytania (wykonawca spytał: czy treść opisu warunku odnoszącego się do kierownika rozruchu „oznacza *to, że doświadczenie tej osoby może wynosić np. 1 rok ale musi być uzyskane w ciągu ostatnich pięciu lat czy też chodzi o osobę z 5-letnim doświadczeniem?")* Zamawiający wyjaśnił, że „osoba *ta ma posiadać minimum 5 letnie doświadczenie w kierowaniu pracami rozruchowymi oczyszczalni* ścieków *komunalnych obsługującej min. 40 000 RLM".*

   Zestawienie tak udzielonej odpowiedzi, z pierwotną treścią SIWZ, pozwoliło Izbie przyjąć, że opis warunku, który wywiódł z tych dwóch zapisów czytanych łącznie Saur był nazbyt restrykcyjnym dla Wykonawców, a co ważniejsze nie został on wyrażony

wprost przez samego Zamawiającego. Sarur oczekiwał, aby wykonawcy wykazali osobę posiadającą pięcioletnie doświadczenie zawodowe zdobyte na określonym stanowisku w ciągu 5 lat przed terminem składania ofert. Tymczasem w ocenie Izby, z

uwzględnieniem normy kolizyjnej zawartej w pkt 18.6 IDW, wykonawcy winni uwzględnić późniejsze oświadczenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 75 i treść tej właśnie odpowiedzi traktować jako ich wiążącą. Wykonawcy winni bowiem móc działać w zaufaniu do Zamawiającego i składanych przez niego oświadczeń. Tym samym za wystarczające należało uznać, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika rozruchu posiadała co najmniej „5 *letnie doświadczenie w kierowaniu pracami rozruchowymi oczyszczalni* ścieków *komunalnych obsługującej min. 40 000 RLM",* przy czym nieistotnym było to, w jakim czasie doświadczenie to zostało zdobyte. Do takiego też rozumienia opisu warunku Izba odnosiła twierdzenia o przedstawieniu przez Ondeo osoby, która nie legitymowała się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem.

W kontekście zamkniętych w odwołaniu tez Odwołującego w sprawie KIO 490/16 Izba uznała, że nie zostało udowodnione, aby z uzupełnionego przez Ondeo w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 lutego 2016 r. wykazu „Potencjał *kadrowy"* miało nie wynikać to, że osoba wskazana przez Ondeo do pełnienia funkcji kierownika nie legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego okresem doświadczenia zawodowego.

W pierwszej kolejności, Izba uznała, że niezasadnie Saur przyjął, że pozycje wykazu opisujące doświadczenie zdobyte na więcej niż pięć lat przed upływem terminu składania ofert nie powinny być uwzględnione przy zliczaniu pełnego okresu doświadczenia zdobytego na określonym w IDW stanowisku.

Jako nieobjęte zarzutami odwołania Izba uznała twierdzenia o niewskazaniu przez Odneo w uzupełnionym wykazie „Potencjał *kadrowy"* w przypadku każdej z wskazywanych prac dat dziennych, co miało nie odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w treści wezwania z dnia 23 lutego 2016 r. Tych okoliczności faktycznych Saur we wniesionym przez siebie odwołaniu nie przywołał w ogóle. Zapisy na stronie 15 odwołania uznać można jedynie za referat poświęcony kolejnym działaniom podejmowanym przez Zamawiającego i próbie streszczenia kolejnych pism słanych przez Zamawiającego i Ondeo w prowadzonej między nimi korespondencji. Brak tam natomiast stanowczych stwierdzeń o datach dziennych, które pojawiły się dopiero w piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 r. Co istotne zaprzeczeniem tego, że choćby intencją Odwołującego w sprawie KIO 490/16 było to, aby twierdzenia o datach dziennych miały być objęte zarzutami postawionymi w odwołaniu, jest dokonane przez niego w samym odwołaniu wyliczenie przy większości pozycji z uzupełnionego wykazu przedstawionego przez Ondeo liczby miesięcy doświadczenia, które każda z wykazanych prac miała poświadczać.

Za nieobjęte zarzutami odwołania Izba uznała również twierdzenie o tym, że nie może zostać zaliczona w poczet prac dokumentujących wymagany przez Zamawiającego rodzaj doświadczenia zawodowego praca ujęta na drugiej pozycji uzupełnionego wykazu „Potencjał *kadrowy"* – oczyszczalnia ścieków Galindo. Twierdzenia te, w ocenie Izby zostały bowiem sprecyzowane przez Saur w sposób dostatecznie zrozumiały w piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 r. W samym odwołaniu, na jego 16 stronie, Saur zawarło jedynie stwierdzenie o wykazaniu przez Ondeo uzupełnionym wykazem jednie 2 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat pełnienia przez wskazaną osobę funkcji kierownika rozruchu. Brak tam jednak jakiegokolwiek uzasadnienia takiej tezy, czy choćby wyraźnego zaprzeczenia temu, że praca ujęta w pozycji drugiej uzupełnionego wykazu może zostać uznana za dokumentującą wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zawodowe. Faktem jest, że przy wyliczeniu prac ujętych w uzupełnionym przez Ondeo wykazie, Saur nie przypisało pracy z pozycji drugiej tego wykazu wyliczonej przez siebie liczby miesięcy doświadczenia i nie powieliło w sposób wierny

treści opisu tej pozycji, niemniej jednak, okoliczności te można w równym stopniu przypisać celowemu działaniu Saur, jak i uznać za poczynioną przez nie omyłkę. W tym kontekście zwrócić należy uwagę na to, że Odwołujący w sprawie KIO 490/16 w żadnej z pozycji uzupełnionego przez Ondeo wykazu nie powielił w sposób wierny zawartego w wykazie opisu tej pozycji, a nadto w sporządzonym przez siebie wyliczeniu pominął pracę ujętą w pozycji czwartej uzupełnionego wykazu (realizowaną w okresie: 10.2006-06.2007 w oczyszczalni ścieków Edar Palma II, Majorka, Hiszpania), czego również nie opatrzył żadnym komentarzem. W tych okolicznościach Izba uznała, że w odwołaniu brak stanowczego twierdzenia o braku możliwości zaliczenia w poczet wymaganego doświadczenia tego, które miało zostać zdobyte w trakcie realizacji pracy wskazanej w pozycji drugiej uzupełnionego wykazu „Potencjał *kadrowy".* Tym samym Izba nie znalazła podstaw, aby wykraczać poza granice zarzutów postawionych w odwołaniu i oceniać, czy doświadczenie zawodowe tam wskazane nie odpowiadało temu, które opisał Zamawiający, a co za tym idzie, aby nie mogło ono zostać wliczone na poczet minimalnego doświadczenia potwierdzającego to, że osoba wskazana w uzupełnionym wykazie „Potencjał *kadrowy"* odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Jak to już wskazywano, Izba nie jest władna badać zasadności zarzutów, które nie zostały sformułowane w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby z uzupełnionego wykazu „Potencjał *kadrowy"* miało wynikać, że osoba wskazana przez Odneo do pełnienia funkcji kierownika rozruchu nie

legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego minimalnym okresem doświadczenia zawodowego.

4. w kontekście treści oferty złożonej przez Ondeo, w odniesieniu do:

1) liczby pomp rezerwowych:

Zgodnie z pkt 3.5 OPZ w punkcie tym „opisano *Gwarancje procesowe, które musi osiągnąć wybudowana przez Partnera Prywatnego Oczyszczalnia".* Wskazano tam również, że: „osiągnięcie *przez nowo wybudowaną Oczyszczalnię procesowych Parametrów Gwarantowanych należy do obowiązków Partnera Prywatnego. Gwarancje procesowe będą sprawdzane dwuetapowo w trakcie Ruchu Próbnego oraz w trakcie Próbnej Eksploatacji".*

W pkt 3.5.3 OZP wskazano, że „Wydajność *hydrauliczna musi gwarantować, że przepływ szczytowy Qh max może przepływać przez Oczyszczalnię, przy czym wydajność komór biologicznych musi być sprawdzona przy pracy wyłącznie n-1 równoległych ciągów.* (...) *Gwarantowane parametry przepływów przez oczyszczalnię i urządzenia:*

Przepływ Jednostka Obecnie Projektowe (*) *Qd m 3 /d 4 700 5 200*
śr
Qd max m 3 /d 10 000 10 900 Qd m 3
85% /d 5 295 -
Qh max m 3 /h 560 620 (*) –Wartości podane w kolumnie »Projektowane« *uwzględniają wymaganą rezerwę na przepływ. W ramach testów będą sprawdzane przepływy docelowe, tj. powiększone o wymaganą rezerwę. Partner prywatny musi spełnić minimalne wymogi podane powyżej w tabeli i przy projektowaniu i budowie Oczyszczalni uwzględnić wartości z kolumny* »Projektowane(*)«. *Dopuszcza się zwiększenie wartości podanych w tabeli, o ile Partner Prywatny uzna to za konieczne ze względów technicznych i technologicznych w celu zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania Oczyszczalni, za co w pełni odpowiada Partner Prywatny."*

W pkt 5.2.6.6 OZP zapisane zostało: „Należy *wykonać nową pompownię w taki sposób, aby była ona wstanie przejąć* ścieki *przy ich maksymalnym dopływie do Oczyszczalni. Wymaga się, aby Partner Prywatny zainstalował w pompowni minimum dwie pompy rezerwowe, pracujące w układzie z pozostałymi*

naprzemiennie. Układ należy zaprojektować tak, aby w sytuacji krytycznej mogły pracować wszystkie pompy."

W ofercie Ondeo, na stronie 339 zapisane zostało: „Ścieki *surowe będą pompowane przez cztery (3+1) zatapialne pompy o wydajności 210 m* ^{3} */h i wysokości podnoszenia 15 m. Uwaga: jedna z pomp (1) będzie w stanie zapewnić* średni *przepływ, co pozwoli na utrzymanie pozostałych trzech (3) pomp w stanie gotowości; w przypadku maksymalnego przepływu zostaną włączone trzy pompy, natomiast czwarta pozostanie w gotowości."*

W ocenie Saur Zamawiający w pkt 5.2.6.6 tomu III SIWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wymagał zaoferowania mu minimum dwóch pomp rezerwowych przy uwzględnieniu przepływu ścieków na poziomie 620m ^{3} /h. Tymczasem Ondeo, jego zdaniem, zaoferowało cztery pompy o wydajności 210 m ^{3} /h, co sprawiać miało to, że tylko jedna z tych pomp mogła zostać uznana za rezerwową.

W ocenie Izby postawiony przez Odwołującego w sprawie KIO 490/16 zarzut nie został poparty odpowiednimi dowodami, w szczególności nie zostało wykazane przed Izbą, że maksymalnego przepływu dziennego Qd $_{max}$ =620m ^{3} /h nie można utożsamiać z sytuacją krytyczną, o której mowa w trzecim zdaniu cytowanego zapisu pkt 5.2.6.6 OZP. W takim przypadku, z cytowanego zapisu oferty złożonej przez Ondeo wynikałoby, że oferta ta spełnia wymóg aby „w *sytuacji krytycznej mogły pracować wszystkie pompy".* Nie wykazał zatem Saur, że nie jest właściwa w kontekście pełnej treści OPZ taka wykładnia cytowanego zapisu pkt 5.2.6.6 OZP, jakiej dokonał Zamawiający i zaprezentował ją w odpowiedzi na odwołanie, gdzie twierdził, że wymóg dwóch pomp rezerwowych odnosił się do średniego, a nie maksymalnego przepływu dziennego. Saur stawiając zarzut oparł sie w głównej mierze na zaprezentowanym przez siebie rozumieniu treści OPZ i nie odwoływał się w tym zakresie do żadnych dowodów mających potwierdzać słuszność prezentowanego przez niego stanowiska, co było szczególnie uzasadnione wobec faktu, że z literalnego brzemienia wskazywanego w odwołaniu pkt 5.2.6.6 OZP nie wynikało wprost do której wartości przepływu dziennego (średniej czy maksymalnej) odnosił się wymóg zapewnienia pomp rezerwowych. Tymczasem stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był Odwołujący w sprawie KIO 490/16. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu. Jak to zauważyła Izba

w orzeczeniu KIO 54/12: „Zgodnie *z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11)."* W kontekście powołanych

poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym w sprawie KIO 490/16 ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione. Tym samym, w rozpoznawanej sprawie, to Odwołujący winien wykazać, że treść złożonej przez Ondeo oferty nie odpowiada treści SIWZ. A zatem, z uwagi na normę prawną wypływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było wykazanie przez Saur rzeczywistej treści oferty złożonej przez Ondeo, jak również odpowiedniej treści SIWZ i jej znaczenia (wykazanie faktycznie postawionych przez Zamawiającego, istotnych w kontekście stawianego zarzutu, wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia), z którą treść tejże oferty należałoby zestawić, a następnie wykazanie, że rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił on ich zaistnienie i opisał je w odwołaniu, faktycznie miały miejsce. Pamiętać również przy tym należy o powoływanym przepisie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, z którego wynika, że w każdym innym przypadku niż określone w tymże przepisie koniecznym jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów

dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Niesprostanie w rozpoznanej sprawie przez Saur obowiązkowi dowodowemu pociągać musiało uznanie, że zarzut przez niego podnoszony jest niezasadny.

2) kanału zrzutowego ścieków oczyszczonych:

W pkt 5.2.6.22 OPZ zawarta została m.in. następująca informacja: „Ścieki *oczyszczone są odprowadzane do rzeki Seracz kanałem otwartym na całej długości. Kanał wymaga generalnego remontu".*

W ocenie Saur Zamawiający w OPZ wymagał wykorzystania w nowej oczyszczalni istniejącego kanału zrzutowego ścieków oczyszczonych, co Ondeo miało przewidzieć w pierwotnej treści swojej oferty. Treść ta miała zostać zmodyfikowana późniejszymi wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu.

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba uznała, że Odwołujący w sprawie KIO 490/16 nie udowodnił, że pierwotna treść oferty złożonej przez Ondeo przewidywała rozwiązanie wykorzystujące powołany kanał zrzutowy. Twierdzenie to stoi w oczywistej sprzeczności z treścią udzielonych przez Odneo wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 3 marca 2016 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie 11 Wykonawca ten odwołuje się do rysunków załączonych do oferty. To tę właśnie odpowiedź, która odwołuje się do pierwotnych zapisów oferty i załączonych do niej rysunków, Saur uznało za modyfikację treści tej oferty. Co istotne w tym zakresie, w samym odwołaniu nie wskazano, z którego to konkretnie zapisu pierwotnej oferty złożonej przez Ondeo, czy też z którego rysunku do tej oferty załączonego, wynikać by miało, że Wykonawca ten przewidywał wykorzystanie w nowej oczyszczalni opisanego w pkt 5.2.6.22 OPZ kanału zrzutowego. Nie wskazano również w odwołaniu tego, z którego zapisu powołanych wyjaśnień udzielonych przez Ondeo w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wynika, że Wykonawca ten poczynił jakiekolwiek zmiany w pierwotnej treści oferty w omawianym tu zakresie.

Na marginesie niejako omawianego zarzutu, dostrzec należy, że z treści pkt 5.2.6.22 OPZ nie wynika, aby Wykonawcy projektując nową oczyszczalnię mieli obowiązek wykorzystania w niej istniejącego kanału zrzutowego w tym punkcie opisanego. W zapisie tegoż punktu brak takiego stanowczego wymagania, a z prostego zestawienia treści pkt 5.2.6.22 OPZ z dwoma z nim sąsiadującymi jednostkami OPZ (5.2.6.21 i 5.2.6.23 OPZ), wynika, że jeśli Zamawiający wymagał wykorzystania

w projekcie jakiegoś rozwiązania wprost dawał temu wyraz w treści OPZ przez takie

sformułowania jak: „należy *zastosować"* czy „Partner *Prywatny jest zobowiązany".* Takich stanowczych stwierdzeń w pkt 5.2.6.22 OPZ brak.

II. w odniesieniu do konsorcjum Eneris i złożonej przez niego oferty:

1. w kontekście warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia:

W uznaniu Izby, Odwołujący w sprawie KIO 490/16 w odniesieniu do wykazywanej pierwotnie przez konsorcjum Eneris pracy zrealizowanej na Cyprze nie kwestionował *de facto,* że opis tejże pracy zawarty w przedstawionym Zamawiającemu wykazie oraz załączonych do niego dokumentach (dwóch poświadczeniach i zobowiązaniu podmiotu trzeciego – WTE) nie potwierdza spełniania przez konsorcjum Eneris warunku opisanego w pkt 7.2.2.I IDW. Jak to zostało ustalone, Saur na stronie 19 wniesionego przez siebie odwołania zreferował stan faktyczny w kontekście złożonych przez konsorcjum Eneris wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, treści wezwania przesłanej przez Zamawiającego oraz odpowiedzi na nią udzielonej przez konsorcjum Eneris, podsumowując ten opis stwierdzeniem, że powołany wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w sprawie KIO 490/16 nie sprecyzował w tym miejscu jednak tego twierdzenia. W kontekście dokumentów złożonych wraz z ofertą podnosił jedynie, że pierwotne referencje nie potwierdzając należytego wykonania usług, a nadto zauważał, że konsorcjum Eneris wyjaśniało, że nie było w stanie pozyskać dokumentów potwierdzających wielkość finansowania przez WTE inwestycji na Cyprze.

W tym zakresie Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane przez Saur, aby wyżej powołane dokumenty złożone wraz z ofertą konsorcjum Eneris nie potwierdzały spełniania powołanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W kontekście twierdzeń zawartych w odwołaniu dostrzeżenia wymagało to, że wraz z wykazem „Wiedza *i doświadczenie"* konsorcjum Eneris przedstawiło dwa poświadczenia: pierwsze wystawione w dniu 24 marca 2014 r. i drugie opatrzone datą 25 stycznia 2016 r. Saur kwestionowało prawidłowość jedynie pierwszego z nich, tymczasem w drugim zawarte zostało wyraźne stwierdzenie, że w związku z realizacją wykazywanej pracy wystawiony został protokół przejęcia / odbioru dla oczyszczalni ścieków w Nowej Nikozji. Oświadczenie to nie zostało przez Saur podważone, stąd Izba nie znalazła powodów, aby przyjąć, że nie zostało wykazane należyte wykonanie wykazywanej przez konsorcjum Eneris pracy.

Co do kwestii pozyskania dokumentów potwierdzających „wielkość *finansowania"* przez WTE inwestycji na Cyprze, zagadnienie to wiąże się ściśle z zarzutem zawarcia

w powołanym wykazie nieprawdziwych informacji sformułowanym i sprecyzowanym na stronie 27 odwołania, gdzie Saur twierdził, że informacje zawarte w wykazie złożonym Zamawiającemu uznać należało za nieprawdziwe – miano tam bowiem celowo i sposób oględny wskazać na wysokość finansowania i podmiot do tego zobowiązany, co miało prowadzić do mylnego wrażenia, że podmiotem zobowiązanym do zapewnienia funduszy było WTE.

W kontekście tych twierdzeń dostrzeżenia wymagało to, że zgodnie z pkt 7.2.2.I IDW o zamówienie mógł ubiegać się wykonawca, który: „wykaże *się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, działalności gospodarczej polegającej na: eksploatacji 2 oczyszczalni* ścieków *komunalnych oraz zainwestowaniu w ciągu ostatnich 10 lat w każdej oczyszczalni min. 35 mln PLN netto łącznie w projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne. Eksploatowana oczyszczalnia winna obsługiwać min.40 000 RLM oraz posiadać* średnią

dobową przepustowość min.5 000 m 3 /d".

W złożonym wraz z ofertą wykazie „Wiedza *i doświadczenie"* zawarta została informacja, że w przypadku inwestycji na Cyprze zainwestowano łącznie 25 mln Euro netto łącznie w projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne. W poświadczeniu z dnia 25 stycznia 2016 r. stwierdzono, że całkowita wartość projektu w zakresie projektowania, budowy oraz eksploatacji i konserwacji wynosić miała około 45 mln Euro. Informacje te nie wykluczają się wzajemnie, albowiem druga kwota obejmuje również okres eksploatacji i konserwacji. Faktem jest, że z poświadczenia wystawionego w dniu 24 marca 2014 r. wynika, że budowa projektu była współfinansowana przez Unię Europejską i Komisję ds. Kanalizacji w Nikozji (a zatem podmiot, który powołane poświadczenie wystawił). W tym kontekście ważnym też jest to, że zgodnie z przedstawionym Zamawiającemu zobowiązaniem WTE udostępniło swoje zasoby konsorcjum Eneris m.in. w zakresie zainwestowania „w *ciągu ostatnich 10 lat w przedmiotową oczyszczalnię powyżej 35 mln PLN netto łącznie w projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne".* Zestawienie kwoty wskazanej w zobowiązaniu WTE, a powtórzonej za treścią opisu warunku (a zatem tym zakresem zasobów, który został Wykonawcy udostępniony, i który potwierdzał spełnienie warunku opisanego w IDW), z wartościami ujawnionymi w wykazie i poświadczeniu, pozwala jednoznacznie stwierdzić, że kwoty z wykazu i poświadczeń, po ich przeliczeniu na walutę polską, znacznie przewyższają kwotę wskazaną w opisie warunku.

Mając powyższe na uwadze, za nieistotne dla możliwości oceny, czy konsorcjum Eneris wykazało spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w omawianym tu zakresie, w kontekście twierdzeń zawartych w ofercie Saur, uznać należało, w ocenie Izby, to, czy powołany Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił dodatkowych wyjaśnień dotyczących zainwestowanej przez WTE kwoty. Przekonanie to jest uzasadnione w szczególności przy uwzględnieniu treści zobowiązania WTE, w którym wykonawca ten wprost potwierdza, że udostępnia konsorcjum Eneris własne obejmujące kwoty zasoby m.in. zainwestowanie przekraczającej określoną w opisie warunku graniczną wartość 35 mln PLN netto. Skoro ten element opisu w ten został wyraźnie warunku sposób potwierdzony przez sam podmiot trzeci – WTE, niezasadnymi wydają się zarzuty podnoszone przez Saur w tym zakresie.

Wobec powyższego, w tym przypadku istotnym pozostawało jedynie zagadnienie, jak należało rozumieć użyte w opisie spornego warunku sformułowanie „zainwestowanie *w ciągu ostatnich 10 lat w każdej oczyszczalni min. 35 mln PLN netto łącznie w projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne",* a w szczególności, co można uznać za owo „zainwestowanie". Przy czym istotnym było również to, że w świetle treści zobowiązania WTE i opisu warunku, wartością graniczną, która mogłaby zostać uznana za mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, jest wskazana tak w zobowiązaniu, jak i opisie warunku, kwota 35 mln PLN netto. Dopiero bowiem wykazanie przez Saur, że WTE nie zainwestowało kwoty w tej wielkości mogło zostać uznane, za okoliczność, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania, a w tym również na losy oferty złożonej przez konsorcjum Eneris. Przedstawione przez Saur dowody (a to na nim, jako na Odwołującym, spoczywał ciężar dowodowy – zgodnie z argumentacją z pkt I.4.1) uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16), nie potwierdzały, że kwoty w tej granicznej wysokości WTE nie zainwestowało w realizację pracy na Cyprze. Nawet przy uwzględnieniu (za wydrukiem złożonym przez Saur wraz z pismem z dnia 20 kwietnia 2016 r.) faktu, że wartość umowy na realizację pierwszej fazy projektu na Cyprze, a zatem tej, do której odwołuje się przedstawiony wraz z ofertą konsorcjum Eneris wykaz „Wiedza *i doświadczenie"* przekraczała nieznacznie kwotę 25 mln Euro netto łącznie (co jest zbieżne z informacją zawartą w powołanym wykazie), a także przyjęciu za prawdziwe oświadczenia złożonego w toku rozprawy przed Izbą w dniu 20 kwietnia 2016 r. przez konsorcjum Eneris, że wykonawca WTE otrzymał po podpisaniu umowy 10% zaliczkę, uznać należało, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane,

aby WTE nie zainwestowało w toku realizacji projektu na Cyprze kwoty co najmniej 35 mln PLN netto w „projektowanie, *roboty budowlane i wyposażenie technologiczne".*

Co szczególnie istotne w tym kontekście Izba uznała, że nie można nie przyjąć za jeden z dopuszczalnych w świetle treści pkt 7.2.2.I IDW sposobów interpretacji słowa „zainwestowanie" użytego w opisie warunku, tego sposobu, który prezentowało w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 kwietnia 2016 r. konsorcjum Eneris. Faktem jest, że Zamawiający w opisie warunku nie sprecyzował w jakich działaniach ma owo zainwestowanie się przejawiać (nie wskazał np. że wykazywany mu projekt powinien zostać zrealizowany na drodze partnerstwa publiczno-prywatnego), jaki ma być okres zwrotu zainwestowanych środków, czy też jaki ma być stopień ryzyka tejże inwestycji. W tym przypadku oddzielić należało również kwestię zainwestowania, rozumianego jako wyłożenie z góry środków na realizację danego przedsięwzięcia (spełniającego w swym zakresie minimalne wymagania wskazane w opisie warunku – zakres ten nie był przez Saur kwestionowany), od ostatecznego finansowania tejże inwestycji, a zatem wskazania pochodzenia środków, które miały przynieść zysk z owych zainwestowanych środków (w tym przypadku miałby być do środki UE i cypryjskiego zamawiającego). Odwołujący w sprawie KIO 490/16 nie wykazał, że WTE, jako podmiot realizujący projekt na Cyprze, nie był zobowiązany na podstawie odpowiedniej umowy do tak rozumianego zainwestowania co najmniej 35 mln PLN netto łącznie „w *projektowanie, roboty budowlane i wyposażenie technologiczne".*

Wobec powyższego, Izba uznała, że nie zostało wykazane to, aby konsorcjum Eneris, w omawianym tu zakresie, przedstawiło Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w sprawie KIO 490/16 kwestionował w swym odwołaniu również możliwość skutecznego powołania się przez konsorcjum Eneris na wskazaną w uzupełnionym wykazie inwestycję w Czarnogórze.

Izba również te twierdzenia Odwołującego w sprawie KIO 490/16 uznała za takie, które nie potwierdzają naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w taki sposób, który przemawiać by miał za uwzględnieniem rozpoznawanego odwołania. W ocenie Izby, nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby konsorcjum Eneris nie dysponowało odpowiednimi zasobami WTE już w terminie składania ofert, zaś przedstawienie samego jedynie oświadczenia własnego wystawionego przez WTE w rozpoznawanym przypadku mogło zostać uznane za uzasadnione obiektywnymi okolicznościami sprawy.

2. w kontekście wniesionego przez konsorcjum Eneris wadium:

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługiwał na uznanie.

Jak ustaliła Izba w przedstawionej przez konsorcjum Eneris gwarancji wadialnej wystawca tejże gwarancji wyraźnie oświadczył: „zostaliśmy *poinformowani,* że *Eneris Surowce S.A.* (...) *zamierza przystąpić jako Lider Konsorcjum w ramach Konsorcjum, zwanym dalej Wykonawcą". Z*apis ten, zdaniem Izby, jednoznacznie przesądza, że wystawca gwarancji objął jej treścią ofertę złożoną przez konsorcjum, które w tejże gwarancji określone zostało mianem „Wykonawcy". Stoi to w jednoznacznej sprzeczności z twierdzeniami Saur prezentowanymi w tym zakresie w odwołaniu, a tym samym podważa zasadność tak postawionego zarzutu. W tych okolicznościach sprawy, obojętnym dla rozstrzygnięcia pozostawało to, czy gwarancja wystawiona na jednego tylko członka konsorcjum może zostać uznana za prawidłowo wniesione wadium – w rozpoznawanej sprawie gwarancja wprost odnosiła się do oferty konsorcjum.

3. w kontekście warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

Co do sposobu rozumienia opisu warunku dotyczącego dysponowania osobą mającą pełnić funkcję kierownika rozruchu Izba wypowiedziała się w kontekście zarzutów podnoszonych wobec oferty Ondeo. Stąd też sposób ustalania okresu doświadczenia zawodowego wykazywanych przez konsorcjum Eneris do pełnienia powołanej funkcji Izba dokonała zgodnie z argumentacją z pkt I.3 uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16.

Tym samym, w przypadku każdej z trzech wskazanych przez konsorcjum Eneris osób konieczne było również uwzględnienie wykazanego dla nich doświadczenia w okresie przypadającym na więcej niż 5 lat przez upływem terminu składania ofert, co pozwoliło ustalić, że konsorcjum Eneris wykazało w złożonym wraz z jego ofertą wykazie „Potencjał kadrowy" doświadczenie w wymiarze (przy uwzględnieniu sposobu liczenia zaprezentowanego przez Odwołującego w odwołaniu) odpowiednio w przypadku T. R. – 67 miesięcy (z czego 17 miesięcy nie było kwestionowane przez Saur), w przy R. M. – co najmniej 115 (z czego miesięcy 44 nie miesiące były Saur), przez M. K. – kwestionowane w przypadku co najmniej 88 miesięcy (z czego 45 miesięcy nie było kwestionowane przez Saur).

Wobec tak poczynionych ustaleń, Izba uznała, że tak sformułowany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

4. w kontekście złożonej przez konsorcjum Eneris listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej:

Odwołujący w sprawie KIO 490/16 twierdził, że konsorcjum Eneris nie uwzględniło w treści listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej dwóch podmiotów: Eneris International S.A. oraz Eneris Research & Investment S.A. Nie przedstawił jednak dowodów potwierdzających w sposób jednoznaczny, że te właśnie podmioty należy zaliczyć do tej samej grupy kapitałowej, od której należeć miały dwie spółki wchodzące w skład konsorcjum Eneris, a zatem tego które złożyło Zamawiającemu swoją ofertę.

Ustawa Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 5) ustawy odsyła do rozumienia pojęcia „grupa *kapitałowa"* ustalonego przepisami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.4), zwanej dalej u.o.k.k. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 14 u.o.k.k. przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Jak wskazała Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1293/13: „Powyższe *wskazuje, że rekonstrukcja pełnej definicji* »grupy kapitałowej« *następować winna w oparciu o przepisy art. 4 pkt 1, 3 i 4 u.o.k.k. Cechą charakterystyczną grupy kapitałowej jest występowanie w niej dwóch kategorii podmiotów: przedsiębiorcy dominującego oraz przedsiębiorców zależnych. Przesądza o tym treść art. 4 pkt 14 u.o.k.k., który stanowi, iż grupę kapitałową tworzą: przedsiębiorca kontrolujący innych przedsiębiorców oraz ci wszyscy kontrolowani przezeń przedsiębiorcy. Przedsiębiorcy ci pozostają w stosunku zależności do przedsiębiorcy mającego nad nimi kontrolę, który zarazem - właśnie z uwagi na posiadanie tej kontroli - ma status przedsiębiorcy dominującego w rozumieniu art. 4 pkt 3 u.o.k.k. Ustawa nie zawiera definicji pojęcia* »samej« *kontroli. Przyjąć jednak należy, iż chodzi tu o kontrolę, o której mowa w art. 4 pkt 4 u.o.k.k., czyli możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Pojęcie posiadania kontroli nad innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcami) jest zarazem konstytutywną cechą pozostawania przez jednego przedsiębiorcę (kontrolującego) w stosunku dominacji do innego przedsiębiorcy (kontrolowanego). Zgodnie z art. 4 pkt 3 u.o.k.k. przedsiębiorcą dominującym jest przedsiębiorca, który posiada kontrolę, w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.k., nad innym przedsiębiorcą. W aktualnym stanie prawnym pojęcia przedsiębiorcy dominującego oraz posiadania kontroli pozostają ze sobą w* ścisłym, *ustawowym związku. Co więcej, związek ten jest nierozerwalny, w tym sensie, że brak posiadania kontroli pozbawia danego przedsiębiorcę statusu przedsiębiorcy dominującego oraz przeciwnie - uzyskanie przez przedsiębiorcę kontroli skutkuje*

uznaniem go za przedsiębiorcę dominującego. Możliwość wywierania takiego wpływu stanowi istotę (podstawę) kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.k. Uzyskanie (posiadanie) takiej możliwości przez przedsiębiorcę przesądza o tym, że w danym przypadku mamy do czynienia z przejęciem/posiadaniem przezeń kontroli nad innym przedsiębiorcą. Jest to zatem jedyne (wyłączne) kryterium definitywnego rozstrzygnięcia, czy zachodzi przejęcie/posiadanie kontroli nad innym przedsiębiorcą. Charakteru takiego kryterium nie mają bowiem przypadki określone w art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. W przepisach tych wymieniono przypadki (głównie prawa) stanowiące podstawę uzyskania przez przedsiębiorcę możliwości wywierania decydującego wpływu. Wyliczenie to ma jednak wyłącznie charakter przykładowy oraz pomocniczy, w zakresie ustalania, czy w danym przypadku doszło do uzyskania możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Oznacza to, że po pierwsze, możliwe jest wystąpienie także innych przypadków (nabycie innych uprawnień), które uzasadniać będą (przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych) stwierdzenie, iż ma miejsce przejęcie kontroli. Po drugie, wystąpienie któregoś z przypadków wymienionych w art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. (czyli najczęściej nabycie/posiadanie określonych tam uprawnień) nie stanowi samodzielnej przesłanki przesądzającej, że w danym przypadku doszło do przejęcia (czy też ma miejsce posiadanie) kontroli nad innym przedsiębiorcą. Każdorazowo konieczne jest ustalenie, czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. W tym celu niezbędne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności prawnych (w tym w szczególności uzyskanie/posiadanie wspomnianych uprawnień), jak i faktycznych. Mogą bowiem występować przypadki, w których uzyskanie (posiadanie) jednego z uprawnień wymienionych w art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. nie będzie skutkować uzyskaniem możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę i tym samym - zakwalifikowaniem takiego przypadku jako przejęcia (posiadania) kontroli."

Uwzględniając powyższy pogląd, Izba uznała, że Odwołujący w sprawie KIO 490/16 w toku postępowania odwoławczego, na gruncie twierdzeń zamkniętych w odwołaniu nie wykazał istnienia jakiegokolwiek związku między podmiotami wskazanymi przez konsorcjum Eneris na złożonej przez członków tego konsorcjum liście podmiotów należących do grupy kapitałowej z dwoma przywołanymi przez niego w treści odwołania podmiotami. Tymczasem to na nim, jako na Odwołującym, spoczywał ciężar dowodowy – zgodnie z argumentacją z pkt I.4.1) uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16.

41

W treści odwołania Saur zawarł jedynie stwierdzenie, że dwa podmioty: Eneris International S.A. oraz Eneris Research & Investment S.A. należą do tej samej grupy kapitałowej co członkowie konsorcjum, które złożyło kwestionowaną przez niego ofertę. W piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 r. Saur stwierdziło, że istnieniu takiego właśnie powiązania świadczyć ma fakt, że A. D. jest członkiem rady nadzorczej Eneris sp. z o.o., a jednocześnie jest członkiem zarządu luksemburskiej firmy Eneris International S.A. oraz jej upoważnionym przedstawicielem. Twierdzeń tych Odwołujący w sprawie KIO 490/16 nie udowodnił. Co istotne nie przedstawił on żadnego dokumentu, który poświadczałby udział A. D. w organach powołanych podmiotów – wszystkie wydruki, które zostały złożone Izbie odwołują się do A., a nie A. D.. Brak w dokumentach przedstawionych Izbie informacji, które pozwalałby utożsamiać ze sobą te dwie osoby. Kolejną okolicznością, która uniemożliwiała zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń Saur jest nieprzedstawienie przez niego jakichkolwiek dokumentów mających potwierdzać, że A. D. jest członkiem rady nadzorczej Eneris sp. z o.o. – co istotne Saur nie przedstawił żadnych dokumentów odnoszących się do podmiotu Eneris sp. z o.o.

Z tych dokumentów, które Odwołujący w sprawie KIO 490/16 przedłożył Izbie wynikało, że A. D. jest członkiem zarządu firmy Eneris International S.A. oraz jej upoważnionym administratorem. Nie wykazano jednakże związków tej osoby, czy też firmy, z

przywołanym w piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 r. podmiotem, tj. Eneris sp. z o.o. Co do pozostałych wydruków przedstawionych przez Saur również nie można było z nich w sposób jednoznaczny wywieść słuszności twierdzeń Odwołującego o przynależności podmiotów Eneris International S.A. oraz Eneris Research & Investment S.A. do tej samej grupy kapitałowej, do której należały dwie spółki wchodzące w skład konsorcjum Eneris. W pierwszym z wydruków zawarta została informacja o tym, że spółka (z wydruku nie wynika, o jakim rodzaju spółki jest tam mowa) Financiere Celeste została założona przez A. D. – sam fakt, założenia jakiejkolwiek spółki (co istotne nie wiadomo w jakiej dacie), nie świadczy jeszcze o tym, że w chwili obecnej osoba ta sprawuję jakąkolwiek kontrolę nad powołaną spółką. Nie wskazuje również na rodzaj spółki drugi z wydruków przedstawionych przez Saur (mający określać podmioty należące do „grupy *Eneris"),* co również nie pozwala jednoznacznie utożsamiać podmiotów wskazanych w odwołaniu, z tymi które wskazane zostały na wydrukach. Ostatnim z przedstawionych dowodów jest wydruk mający stanowić wyciąg z luksemburskiego rejestru handlowego – w jego kontekście stwierdzić można jedynie, że samo zarejestrowanie spółki o tym samym członie nazwy w pełnej

firmie podmiotu, nie musi jeszcze samo w sobie świadczyć o przynależności każdej z tych spółek do jednej grupy kapitałowej.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że tak zakrojony zarzut nie zasługiwał na uznanie.

III. w odniesieniu do obu ww. wykonawców i złożonych przez nich ofert:

Niejako obok powyższego, Saur zarzucał również Zamawiającemu, że wzywając tak Ondeo (pkt 11 wezwania), jak i konsorcjum Eneris (pkt 5 wezwania), do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, oczekiwał od obu wykonawców również uzupełnienia informacji dotyczących obiektów technologicznych, co konsorcjum Eneris miało uczynić (str. 18 wyjaśnień), a Zamawiający tego nie zakwestionował (str. 28 odwołania).

W kontekście powyższych twierdzeń, w ocenie Izby, koniecznym było rozstrzygnięcie o roli, jaką Zamawiający zgodnie z SIWZ przypisał składanym przez Wykonawców wraz z ofertami: planowi sytuacyjnemu nowej Oczyszczalni ścieków (pkt 9.6.5 IDW), opisowi technologicznemu nowej Oczyszczalni wraz z wykazem głównych urządzeń technologicznych i ogólnym opisem poszczególnych obiektów (pkt 9.6.6 IDW), a także schematowi technologicznemu oraz profilowi hydraulicznemu planowanej Oczyszczalni (pkt 9.6.7 IDW). Analiza zapisów SIWZ, jak i stanowiska prezentowane przez Zamawiającego i poszczególnych Wykonawców, pozwoliła Izbie przyjąć, że Zamawiając w SIWZ nie sprecyzował w żaden bardziej szczegółowy sposób zakresu tych trzech dokumentów (wskazanych w pkt 9.6.5-7 IDW). W takim przypadku, co istotne było to oczywiste nawet dla Odwołującego w sprawie KIO 490/16, zgodnie z prezentowanym przez niego stanowiskiem w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 kwietnia 2016 r., nie można było czynić wykonawcy zarzutu, że nie zawarł w którymkolwiek z tych trzech dokumentów załączonych do oferty jakiejkolwiek informacji i w tym kontekście podnosić, że z tego powodu treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Co w tym kontekście równie ważne, to zapisy OPZ, a nie powołanych 3 dokumentów załączonych do oferty, miały być źródłem kształtującym zakres obowiązków wykonawcy na etapie realizacji zamówienia – tak chociażby w akapicie 3 pkt 1 i dalej w pkt 2 lub w pkt 4.1 OPZ, czy też we Wzorze Umowy – w definicji „Oczyszczalni" (mającej zastosowanie dla całej SIWZ) lub w art. IV ust. 3 i 4 oraz art. XII ust. 1 pkt 1) i 2), które w swej treści odsyłają do wymagań OPZ, pomijając przy tym treść złożonych przez Wykonawcę zgodnie z pkt 9.6.5-7 IDW wraz z ofertą dokumentów.

Biorąc powyższe, Izba uznała, że pominięcie w treści któregokolwiek z powołanych

3 dokumentów składanych wraz ofertą zgodnie z pkt 9.6.5-7 IDW zapisów, o których pisali Odwołujący, tak w sprawie KIO 490/16, jak i w sprawie KIO 491/16 w rozpoznawanym przez Izbę zakresie ich odwołań, nie mogło zostać uznane za okoliczność świadczącą o tym, że tak złożona oferta nie odpowiada swą treścią treści SIWZ. Skoro w SIWZ nie został określony minimalny zakres dla każdego z tych dokumentów, nie można było tym samym uznać, że przedstawiony przez wykonawców którykolwiek z tych trzech dokumentów jest zbyt ubogi w informacje, a jakiekolwiek uzupełnianie tych dokumentów nie mogło zostać uznane za niezbędne dla prawidłowego określenia minimalnej treści zobowiązania wykonawcy składającego ofertę.

W kontekście twierdzeń Odwołującego w sprawie KIO 490/16, zgodnie z którymi Zamawiający zbyt późno udostępnił mu do wglądu oferty złożone przez dwóch pozostałych wykonawców, podczas gdy miał obowiązek uczynić to w sposób niezwłoczny, zauważenia wymaga to, że Odwołujący nie twierdził, aby Zamawiający przez swą ewentualną opieszałość uniemożliwił mu wniesienie odwołania. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. , Nr 223, poz. 1458) zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak to zauważyła Izba w sprawie KIO 95/14 niezwłocznie „nie *oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie, w jakim dokonanie tej czynności jest obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i kierownika zamawiającego, albowiem pojęcie* «niezwłocznie» *nie oznacza natychmiast. Określenie* «niezwłocznie» *oznacza termin realny mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu".* Odwołujący, we wniesionym przez siebie odwołaniu, oprócz przywołania faktu udostępnienia mu do wglądu dokumentacji postępowania nie w dniu 25 marca 2016 r., ale dopiero w dniu 29 marca 2016 r. nie wskazał na żadne okoliczności, które miałby świadczyć o tym, że Zamawiający nie dokonał wnioskowanej przez niego czynności niezwłocznie, tj. w terminie realnym, mającym na względzie okoliczności danego miejsca i czasu. Nie uwzględnił on przy tym tej okoliczności, że na dni 27 i 28 marca 2016 r. były dniami ustawowo wolnymi od pracy, albowiem na te dni w roku 2016 przypadały święta Wielkiej Nocy (art. 1 pkt 1 lit. c) i d) ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 90). Ponadto ze stanowiska Saur nie wynika, aby z powodu ewentualnego uchybienia przez Zamawiającego terminowi wyznaczonemu przepisami

powołanego rozporządzenia na udostępnienie mu akt, poniósł, czy choćby tylko mógł ponieść szkodę – Wykonawca ten zapoznał się bowiem z tymi dokumentami, co do których Zamawiający podjął decyzję, że jest władny mu je do wglądu udostępnić, a następnie, w oparciu o tak udostępnione mu dokumenty wniósł on rozpoznawane przez Izbę odwołanie w sprawie KIO 490/16.

Postawione przez Odwołującego w sprawie KIO 490/16 zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust 3 ustawy Pzp Izba uznała, jako takie, których słuszność wynikać miała z twierdzeń o zaniechaniu wykluczenia poszczególnych wykonawców, czy też zaniechania odrzucenia złożonych przez nich ofert. W sytuacji, gdy te pierwsze zarzuty się nie potwierdziły, nie mogły zasługiwać również na uznanie te, których zasadność miała z nich wynikać.

KIO 491/16

Izba rozpoznała zarzuty podnoszone przez konsorcjum Eneris w odniesieniu do wykonawcy Ondeo i złożonej przez niego oferty w kolejności zgodnej z systematyką uzasadnienia wniesionego przez tego Wykonawcę odwołania, tym samym ustaliła i zważyła co następuje co do zarzutów podniesionych:

1. w kontekście warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia:

Co do sposobu rozumienia opisu warunku dotyczącego dysponowania osobą mającą pełnić funkcję kierownika rozruchu Izba wypowiedziała się w kontekście zarzutów podnoszonych wobec oferty Ondeo przez Odwołującego w sprawie KIO 490/16. Stąd też sposób ustalania okresu doświadczenia zawodowego przy rozpoznawaniu zarzutów postawionych przez konsorcjum Eneris Izba przyjęła zgodnie z argumentacją z pkt I.3 uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16.

Zasadnie podnosił Odwołujący w sprawie KIO 491/16, że dwie spośród wykazanych przez Ondeo prac (w wykazie „Potencjał *kadrowy"* uzupełnionym w dniu 3 marca 2016 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) dotyczyły oczyszczalni ścieków o mniejszej niż wymagana w IDW liczbie RLM – odpowiednio w Getarii – 4 600 RLM i w Algemesa – 21 320 RLM. W istotnym z tego punktu widzenia zapise IDW (pkt 7.2.2), Zamawiający jako wartość minimalną wskazał bowiem na wielkość 40 000 RLM. Izba nie podzieliła jednak przekonania wyrażonego przez Odwołującego w sprawie KIO 491/16, że suma

miesięcy pozostałego doświadczenia, które wykazano w powołanym wykazie, nie wynosiła wymaganych 5 lat.

W tym kontekście Izba uznała, że wyrażone przez konsorcjum Eneris w pkt I.4 odwołania, na jego stronie 3, wątpliwości („nie *wydaje się możliwe")* co do faktycznego okresu doświadczenia nabytego w trakcie realizacji pracy wskazanej w pozycji 2 wykazu można było uznać za stanowcze twierdzenie zamknięte w zarzut, który mógłby zostać przez Izbę rozpoznany merytorycznie. Odwołujący snutych przez siebie przypuszczeń nie poparł żadnymi dowodami. Mając to na uwadze, Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów w nim zawartych, nie znalazła podstaw, aby kwestionować wykazane w pozycji 2 uzupełnionego wykazu „Potencjał *kadrowy"* doświadczenie osoby wskazanej przez Ondeo do pełnienia funkcji kierownika rozruchu. Tym samym, uznając, zgodnie z argumentacją z pkt I.3 uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, że konieczne było również uwzględnienie wykazanego dla powołanej osoby doświadczenia w okresie przypadającym na więcej niż 5 lat przez upływem terminu składania ofert, Izba, na podstawie uzupełnionego przez Ondego wykazu „Potencjał kadrowy", ustaliła, że Ondeo wykazało w powołanym wykazie (przy uwzględnieniu tego samego sposobu liczenia, który został zaprezentowany przez Odwołującego w sprawpie KIO 490/16 – konsorcjum Eneris nie kwestionowało tego sposobu, nie wskazywało też innego, jak bardziej właściwego dla tego przypadku) dla wskazanej przez siebie osoby doświadczenie zawodowe wynoszące co najmniej 76 miesięcy.

Izba nie uwzględniła przy tym informacji zawartych w CV, które Ondeo przedstawiło wraz z pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r., albowiem przedstawienie przez powołanego wykonawcę tego dokumentu stanowiło próbę obejścia normy prawnej wynikającej z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem wykonawca, który jest wezwany do uzupełnienia odpowiednich dokumentów lub oświadczeń, winien to uczynić w terminie na to wyznaczonym. Pismem z dnia 23 lutego 2016 r. Zamawiający wezwał Ondeo do podania dat realizacji i określna liczby RLM realizacji wskazanych w wykazie „Potencjał *kadrowy"* albo też, alternatywnie do takiego uzupełnienia powołanego wykazu, aby jednoznacznie wykazać, że wskazana przez Ondeo osoba spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Ondeo, w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie, przedstawiło wykaz uzupełniony, tak i o daty i liczby RLM, jak i o wskazanie na nowe, dotychczas nie wykazywane realizacje. W takich okolicznościach, a także przy uwzględnieniu tego, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a to Zamawiającemu wykonawcy są zobowiązani wykazał

spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za niedopuszczalne próby uzupełnienia przez Ondeo w toku rozprawy przed Izbą dokumentów lub oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiającemu.

Okoliczności te nie były jednak dla rozstrzygnięcia, albowiem już istotne z przedstawionego Zamawiającemu uzupełnionego wykazu „Potencjał *kadrowy"* wynikało, że osoba wskazana przez Ondeo legitymuje się wymaganym doświadczeniem zawodowym – Izba nie znalazła podstaw do tego, aby uznać inaczej, albowiem nie potwierdziły się zarzuty postawione przez konsorcjum Eneris.

2. w kontekście warunku posiadania wiedzy i doświadczenia:

Odwołujący w sprawie KIO 491/16 zauważył, że Ondeo powołało się na zasoby podmiotu trzeciego – LDEF i w tym kontekście podnosił, że wykonawca ten nie wskazał LDEF jako podwykonawcy, co przy uwzględnieniu treści zobowiązania podpisanego w imieniu LDEF świadczyć miało o tym, że Ondeo nie przewidziało faktycznego udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby. To z kolei miało decydować o tym, że Ondeo nie wykazało realności dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny, kierując się przy tym stanowiskiem wyrażonym w pkt I.1 uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16.

3. w kontekście treści oferty złożonej przez Ondeo:

1) co do wydajności hydraulicznej:

Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że Ondeo przyjmując w ofercie wartość średniego przepływu na poziomie 5200 m^3/h nie spełniło wymagań określonych w pkt 5.2.1 OPZ, gdzie wskazano na wartość średniego przepływu dobowego na poziomie 5250 m^3/h, którą ponadto należało powiększyć o dodatkową 10% rezerwę. Podobnie podanie wartości maksymalnego dobowego przepływu Q_{dmax} =10 900 m^3/h, zamiast Q_{dmax} =11 000 m^3/h również świadczyć miało o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Konsorcjum Eneris wskazywało w kontekście tego zarzutu, że 10% rezerwę należało dodać do wielkości podanych w kolumnie opisanej hasłem „obecnie" zawartej w pkt 3.5.3 OPZ.

W ocenie Izby tak postawiony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Jak to ustalono na potrzeby rozpoznania zarzutów, o których mowa w pkt I.4.1) uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16 Zamawiający w pkt 3.5 OPZ rozstrzygnął w sposób jednoznaczny, że w punkcie tym „opisano *Gwarancje procesowe, które musi osiągnąć wybudowana przez Partnera Prywatnego Oczyszczalnia".* Wskazano tam również, że: „osiągnięcie *przez nowo wybudowaną Oczyszczalnię procesowych Parametrów Gwarantowanych należy do obowiązków Partnera Prywatnego. Gwarancje procesowe będą sprawdzane dwuetapowo w trakcie Ruchu Próbnego oraz w trakcie Próbnej Eksploatacji".* Nadto dalej, w pkt 3.5.3 OZP wskazano również, że „Wydajność *hydrauliczna musi gwarantować,* że *przepływ szczytowy* Qh_{max} *może przepływać przez Oczyszczalnię, przy czym wydajność komór biologicznych musi być sprawdzona przy pracy wyłącznie n-1 równoległych ciągów.* (...) *Gwarantowane parametry przepływów przez oczyszczalnię i urządzenia:*

Przepływ Jednostka Obecnie Projektowe (*) *Qd* m^3*/d 4 700 5 200*

śr

Qd m^3 *max /d 10 000 10 900 Qd*

85% m^3*/d 5 295 -*

Qh_{max} m^3*/h 560 620 (*) –Wartości podane w kolumnie* »Projektowane« *uwzględniają wymaganą rezerwę na przepływ. W ramach testów będą sprawdzane przepływy docelowe, tj. powiększone o wymaganą rezerwę. Partner prywatny musi spełnić minimalne wymogi podane powyżej w tabeli i przy projektowaniu i budowie Oczyszczalni uwzględnić wartości z kolumny* »Projektowane(*)«. *Dopuszcza się zwiększenie wartości podanych w tabeli, o ile Partner Prywatny uzna to za konieczne ze względów technicznych i*

technologicznych w celu zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania Oczyszczalni, za co w pełni odpowiada Partner Prywatny."

W ocenie Izby to właśnie powołanym zapisem pkt 3.5.3 OPZ, nie zaś powoływanymi przez Odwołującego w sprawie KIO 491/16 pkt 5.2.1 i 5.2.5 OPZ, Zamawiający ustanowił minimalne wymagania, które odnosić się miały do nowej oczyszczalni. Zgodnie z pkt 3.5 to ich spełnienie, jako „gwarancji *procesowej"* zapewnić musiał Wykonawca i zbudowana przez niego oczyszczalnia. W pkt 3.5.3 OPZ wprost wskazano, że „wartości *podane w kolumnie »Projektowane« uwzględniają wymaganą rezerwę na przepływ",* a także, ż „Partner *prywatny musi spełnić minimalne wymogi podane powyżej w tabeli i przy projektowaniu i budowie Oczyszczalni uwzględnić wartości z kolumny* »Projektowane(*)«." Uwzględniając te zapisy Izba uznała prymat postanowień zawartych w pkt 3.5.3 OPZ, jako tych, których spełnienie będzie

weryfikowane na etapie odbiorów, nad zapisami przywołanymi przez konsorcjum Eneris, jako tych, z którymi niezgodna miała być oferta złożona przez Ondeo. W świetle wymagań opisanych w pkt 3.5.3 OPZ, zdaniem Izby, niezasadnym było czynienie Ondeo zarzutów z tego, że uwzględniło ono w swojej ofercie, jak zauważył to sam Odwołujący w sprawie KIO 491/16, wartość średniego dziennego przepływu (opisanego symbolem $Qd_{śr}$) na poziomie 5 200 m^3/d, a zatem tej wartości, która podana została jako minimalna w kolumnie „Projektowane" w tabeli zawartej w pkt 3.5.3 OPZ.

Analogicznie ocenić należało formułowane przez konsorcjum Eneris twierdzenia odnoszące się do zaoferowanej przez Ondeo wartości w parametrze maksymalny dzienny przepływ (opisany symbolem Qd_{max}). Także w tym przypadku, powołany Wykonawca przewidział spełnienie wartości minimalnej dla tego parametru, tj. Qd = 10 900 m^3_{max}/d – wielkość tę w ofercie Ondeo potwierdził sam Odwołujący w sprawie KIO 491/16.

Uwzględniając powyższe, tak zakrojony zarzut Izba uznała za niezasadny.

2) co do ładunków zanieczyszczeń:

Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 do wartości podanych w tabeli zawartej w pkt 5.2.5.1 OZP w kolumnie „obecnie" należało dodać zgodnie z zapisanym tam wymogiem 10% rezerwę dla parametrów „BZT5" oraz N_{og} ", czego Ondeo nie przewidziało w swojej ofercie. Nadto dla wartości fosforu ogólnego („P_{og} "), w ocenie Odwołującego w sprawie KIO 491/16, uwzględnić należało również wyniki z badań, które stanowiły załącznik nr 6 do OPZ – ostatecznie, po uwzględnieniu 10% rezerwy prawidłowa miała być wartość 97kg/d.

W ocenie Izby tak postawione zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z powoływanym przez Odwołującego w sprawie KIO 491/16 pkt 5.2.5.1 OZP Zamawiający postanowił, że: „Wymaga *się, aby nowa Oczyszczalnia była zaprojektowana i wybudowana tak, aby mogła oczyszczać ilość ładunków zawartych w* ściekach *dopływających do Oczyszczalni, których wartości podano w tabeli poniżej w kolumnie* »Projektowe«, *a które uwzględniają wymaganą 10-procentową rezerwę. Ładunki obliczono na podstawie danych od września 2012 r. do czerwca 2014 r.*

Ładunki Obecnie Projektowe Jednostka *ChZT 5 965 6570 kg/d*
BZT5 2 335 2483 kg/d

Zawiesina 3 535 4259 kg/d N og 686 720 kg/d
P og 77 93 kg/d
Dopuszcza się zwiększenie wartości ładunków podanych w tabeli, o ile Partner Prywatny uzna to za konieczne ze względów technicznych i technologicznych w celu

zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania Oczyszczalni, za co w pełni odpowiada Partner Prywatny."

Także w tym przypadku Odwołujący w sprawie KIO 491/16 nie dostrzegł, że Zamawiający w powoływanym przez niego zapisie OPZ jednoznacznie rozstrzygnął, że wartości podane w zawartej w tym punkcie tabeli w kolumnie „Projektowe", uwzględniają już wymaganą przez Zamawiającego 10-procentową rezerwę. Nadto to te właśnie wartości miała gwarantować nowa oczyszczalnia. Tym samym skoro Ondeo na 333 i 334 stronie swojej oferty podało wartości równie tym, które zostały wskazane w powołanej kolumnie „Projektowe", nie można mu czynić zarzutu, że nie zagwarantowało w tym zakresie minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego.

3) co do pompowni dopływowej:

Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 Ondeo, przy uwzględnieniu parametrów wydajności zaoferowanych przez tego wykonawcę pomp (210 m^3/h), ich liczby (4) oraz wskazanej w SIWZ wielkości maksymalnego dopływu Q_{hmax} =620 m^3/h, zaoferowało tylko jedną pompę rezerwową, gdy w pkt 5.2.6.6 OZP wymagane były minimum dwie pompy rezerwowe. Konsorcjum Eneris podnosiło w tym kontekście, że zgodnie z powołanym punktem OPZ wykonawca w sytuacji krytycznej miał zapewnić pracę wszystkich pomp zainstalowanych, w tym także dwóch rezerwowych, czego oferta Ondeo miała nie gwarantować.

Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny, kierując się przy tym stanowiskiem wyrażonym w pkt I.4.1) uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16.

4) co do jakości osadu:

Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że Ondeo nie potwierdziło wyraźnie, że poziom suchej masy osadu gwarantuje przy zachowaniu opisanego w pkt 3.5.2 OZP wymogu maksymalnego zużycia polimerów, równego lub mniejszego od 10 kg substancji czynnej/Mg s.m.o.

Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny, kierując się przy tym stanowiskiem wyrażonym w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, w miejscu w którym przesądzono, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował zakresu trzech dokumentów, wskazanych w pkt 9.6.5-7 IDW, które należało złożyć wraz z ofertą. W takim przypadku, co istotne było to oczywiste nawet dla Odwołującego w sprawie KIO 491/16, zgodnie z prezentowanym przez niego stanowiskiem w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 kwietnia 2016 r., nie można było czynić wykonawcy zarzutu, że nie zawarł w którymkolwiek z tych trzech dokumentów załączonych do oferty jakiejkolwiek informacji i w tym kontekście podnosić, że z tego powodu treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Co do pkt 3.5.2 OPZ, to zgodnie z jego treścią, wykonawcy mieli zagwarantować parametry odwodnionego osadu na poziomie min. 20% (zawartości procentowej suchej masy w osadzie po odwodnieniu) – co zostało uwzględnione w ofercie Ondeo – przy założeniu, że średnie zużycie polimerów w trakcie trwania testów i prób jest równe lub mniejsze od 10 kg substancji czynnej/Mg s.m.o. Nawet jeśli, w ofercie Ondeo nie znalazło się wyraźne potwierdzenie takiego zakładanego poziomu zużycia polimerów w trakcie trwania testów, to z uwagi na fakt, że nie zapisano w SIWZ wyraźnego obowiązku dokonania takiego potwierdzenia, nie można czynić Ondeo zarzutu z braku takiego wyraźnego zapisu.

Jak wskazano to w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, skoro w SIWZ nie został określony minimalny zakres dla każdego z dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.5-7 IDW, nie można było tym samym uznać, że przedstawiony przez wykonawców którykolwiek z tych trzech dokumentów

jest zbyt ubogi w informacje, a jakiekolwiek uzupełnianie tych dokumentów nie mogło zostać uznane za niezbędne dla prawidłowego określenia minimalnej treści zobowiązania wykonawcy składającego ofertę.

5) co do składowania osadów:

Odwołujący w sprawie KIO 491/16 twierdził, że Ondeo nie potwierdziło spełnienia w swojej ofercie wymagania opisanego w pkt 5.2.6.17 OPZ, ponieważ powierzchnia zaoferowanych przez Ondeo boksów nie daje możliwości tworzenia wewnątrz nich pryzm, ani możliwości utworzenia właściwego dostępu do tych pryzm oraz operowania osadem.

Zgodnie z powołanym punktem „Teren [placu składowania osadów powinien być] *utwardzony na całej powierzchni (asfalt lub beton) otoczony z trzech stron murkiem*

oporowym o wysokości nie mniejszej niż 2,0 m. Teren ma posiadać odwodnienie podłączone do kanalizacji wewnętrznej lub doprowadzenie wód bezpośrednio przed kraty. Minimalny czas przetrzymywania osadu wynosi dwa miesiące. Powierzchnia powinna być ukształtowana ze spadkami do systemu odwadniania. Osad powinien być układany w hałdach nie wyższych niż 2,5 metra. W celu umożliwienia właściwego dostępu do pryzm i operowania osadem należy zapewnić odpowiednie drogi i odstępy miedzy hałdami. Plac magazynowy należy zlokalizować w pobliżu miejsca załadunku ciężarówek."

W ocenie Izby rozwiązanie zaoferowane przez Ondego (5 ustawionych szeregowo boksów otoczonych łącznie wspólnym murem – zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, co nie było kwestionowane przez konsorcjum Eneris), nie może zostać uznane, w świetle postawionych przez Odwołującego w sprawie KIO 491/16 zarzutów, za sprzeczne z powołanymi zapisami OPZ. W OPZ nie został zawarty wyraźny zakaz układania osadu w hałdach zamkniętych w poszczególnych boksach. W kontekście np. akapitu trzeciego pkt 5.2.6.4 OPZ dostrzeżenia wymagało to, że jeśli Zamawiający wyraźnie wyłączał zastosowanie odmiennego rozwiązania niż to, które opisane zostało w OPZ, dawał temu wyraźny wyraz w zapisach SIWZ. Taki wyraźny zakaz nie został wyrażony we wskazywanym przez konsorcjum Eneris w kontekście rozpoznawanego zarzutu pkt 5.2.6.17 OPZ, stąd brak było podstaw, aby przyjąć, że zaoferowane przez Ondeo rozwiązanie nie odpowiadało wymaganiom SIWZ., tj. nie zapewniało przechowywania osadu przez dwa miesiące w wysokich maksymalnie na 2,5 m hałdach, do których zapewniony jest właściwy dostęp.

6) co do ścieków własnych:

Z oferty złożonej przez Ondeo miało nie wynikać, aby Wykonawca ten przewidział odprowadzenie ścieków własnych z pompowni wody surowej i budynku krat rzadkich do sieci kanalizacyjnej wewnętrznej ani do oddzielnego zbiornika ścieków własnych. Odwołujący w sprawie KIO 491/16 przywoływał w tym kontekście treść pkt 5.2.6.4 OPZ, którego takie rozwiązanie miało nie spełniać. Konsorcjum Eneris przyznawało, że ścieki własne stanowią niewielką, znikomą ilość w stosunku do ilości ścieków dopływających z miasta, niemniej jednak podkreślało jednoznaczność tego wymagania. Zarzucało również Ondeo, że nie przewidziało w swojej ofercie wymaganego w powołanym punkcie OPZ odcięcia za przepływomierzem.

Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny, kierując się przy tym stanowiskiem wyrażonym w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, w miejscu w którym przesądzono, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował zakresu trzech dokumentów, wskazanych w pkt 9.6.5-7 IDW, które należało złożyć wraz z ofertą. W takim przypadku, co istotne było to oczywiste nawet dla Odwołującego w sprawie KIO 491/16, zgodnie z prezentowanym

przez niego stanowiskiem w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 kwietnia 2016 r., nie można było czynić wykonawcy zarzutu, że nie zawarł w którymkolwiek z tych trzech dokumentów załączonych do oferty jakiejkolwiek informacji i w tym kontekście podnosić, że z tego powodu treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Jak wskazano to w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, skoro w SIWZ nie został określony minimalny zakres dla każdego z dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.5-7 IDW, nie można było tym samym uznać, że przedstawiony przez wykonawców którykolwiek z tych trzech dokumentów jest zbyt ubogi w informacje, a jakiekolwiek uzupełnianie tych dokumentów nie mogło zostać uznane za niezbędne dla prawidłowego określenia minimalnej treści zobowiązania wykonawcy składającego ofertę.

7) co do ciągów technologicznych:

Odwołujący w sprawie KIO 491/16 w toku rozprawy przed Izbą, w dniu 20 kwietnia 2016 r., oświadczył, że wycofuje zarzut postawiony w tym zakresie, stąd też Izba nie rozstrzygała o jego zasadności.

8) co do pomiaru na odpływie ścieków oczyszczonych:

Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 491/16 Ondeo zastosowało nieskuteczny pomiar – z przedstawionego wraz z ofertą profilu hydraulicznego miało wynikać, że lokalizacja przepływomierza elektromagnetycznego nie gwarantowała jego prawidłowej pracy.

Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny, kierując się przy tym stanowiskiem wyrażonym w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, w miejscu w którym przesądzono, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował zakresu trzech dokumentów, wskazanych w pkt 9.6.5-7 IDW, które należało złożyć wraz z ofertą. W takim przypadku, co istotne było to oczywiste nawet dla Odwołującego w sprawie KIO 491/16, zgodnie z prezentowanym przez niego stanowiskiem w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 kwietnia 2016 r.,

nie można było czynić wykonawcy zarzutu, że nie zawarł w którymkolwiek z tych trzech dokumentów załączonych do oferty jakiejkolwiek informacji i w tym kontekście podnosić, że z tego powodu treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z powoływanym przez konsorcjum Eneris w kontekście tego zarzutu pkt 5.2.6.20 OPZ: „Łączny *pomiar przepływu* ścieków *oczyszczonych należy zrealizować z wykorzystaniem zwężki Venturiego/zwężki Parshala przepływomierzy magnetycznych (posiadające stosowne certyfikaty). Punkt pomiaru należy zlokalizować na terenie Oczyszczalni. Odczyt ma być lokalny z przesyłem danych on--line do centralnej dyspozytorni."* Z zapisu tego nie wynika, aby Zamawiający wymagał, żeby przewidziany przez wykonawcę przepływomierz magnetyczny został w określony sposób wrysowany w poszczególne rysunki prezentowane wraz z ofertą. Nie było sporne między Stronami to, że Ondeo przewidziało wymagany w OPZ przepływomierz magnetyczny, ani też to, że punkt pomiaru został zlokalizowany na terenie oczyszczalni. Innych wyraźnych wymogów w tym zakresie określonych w SIWZ Odwołujący w sprawie KIO 491/16 nie przytoczył.

Jak wskazano to w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, skoro w SIWZ nie został określony minimalny zakres dla każdego z dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.5-7 IDW, nie można było tym samym uznać, że przedstawiony przez wykonawców którykolwiek z tych trzech dokumentów jest zbyt ubogi w informacje, a jakiekolwiek uzupełnianie tych dokumentów nie mogło zostać uznane za niezbędne dla prawidłowego określenia minimalnej treści zobowiązania wykonawcy składającego ofertę.

9) co do systemu dezodoryzacji:

Odwołujący w sprawie KIO 491/16 odwołując się do treści pkt 4.1 OPZ i przywołanych tam zasad najlepszej wiedzy inżynierskiej twierdził, że zaoferowany przez Ondeo system dezodoryzacji nie spełniał szeregu wymagań co do odcieków ze skruberów.

Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezasadny, kierując się przy tym stanowiskiem wyrażonym w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, w miejscu w którym przesądzono, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował zakresu trzech dokumentów, wskazanych w pkt 9.6.5-7 IDW, które należało złożyć wraz z ofertą. W takim przypadku, co istotne było to oczywiste nawet dla Odwołującego w sprawie KIO 491/16, zgodnie z prezentowanym przez niego stanowiskiem w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 kwietnia 2016 r.,

54

---

nie można było czynić wykonawcy zarzutu, że nie zawarł w którymkolwiek z tych trzech dokumentów załączonych do oferty jakiejkolwiek informacji i w tym kontekście podnosić, że z tego powodu treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Co do pkt 4.1 OPZ, to odnosi on pojęcie „najlepszych *zasad wiedzy inżynierskiej"* do dokumentacji projektowej, którą Wykonawcy mieli opracować na etapie realizacji zamówienia. Co istotne, wszystkie wymogi co do poszczególnych rozwiązań, o których wspominał Odwołujący w sprawie KIO 491/16 w tym punkcie odwołania, wywodził je z powołanych „najlepszych *zasad wiedzy inżynierskiej",* nie odwołując się przy tym do konkretnych zapisów OPZ.

Jak wskazano to w pkt III uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby w sprawie odwołania KIO 490/16, skoro w SIWZ nie został określony minimalny zakres dla każdego z dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.5-7 IDW, nie można było tym samym uznać, że przedstawiony przez wykonawców którykolwiek z tych trzech dokumentów jest zbyt ubogi w informacje, a jakiekolwiek uzupełnianie tych dokumentów nie mogło zostać uznane za niezbędne dla prawidłowego określenia minimalnej treści zobowiązania wykonawcy składającego ofertę.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Uwzględniając to, że Saur oraz konsorcujm Eneris, którzy niezależnie od siebie wnieśli sprzeciw w sprawie KIO 483/16, przedłożyli odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia wniosek każdego z tych wykonawców o obciążenie Odwołującego w tej sprawie poniesionymi przez tych wykonawców kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, uwzględniając przy tym to, że zgodnie z § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3600 zł.

55

Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający w sprawach KIO 490/16 i 491/16 przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Odwołujących w każdej z tych spraw poniesionymi przez Zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, uwzględniając przy tym to, że zgodnie z § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia w każdej z tych spraw

wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3600 zł.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego przez Ondeo wniosku o zasądzenie na jego rzecz poniesionych przez niego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach KIO 490/16 i KIO 491/16, w których to sprawach Wykonawca ten był Przystępującym.
Jedynym przypadkiem, w którym Izba władna jest zasądzić na rzecz Przystępującego koszty przez niego poniesione w postępowaniu odwoławczym, jest zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia sytuacja, gdy Izba oddali lub odrzuci odwołanie, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W żadnej z tych dwóch spraw Ondeo nie było wnoszącym sprzeciw wykonawcą.

Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymagało to, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) powołanego rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi wynosi 15 000 zł. Jak to już wskazano, zgodnie z informacją przesłaną Prezesowi Izby przez Zamawiającego w piśmie z dnia 6 kwietnia 2016 r., ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – informacja ta znajduje również potwierdzenie w pkt 2.2 pisemnego protokołu postępowania oraz w piśmie zawierającym opis sposobu ustalenia wartości zamówienia z dnia 15 września 2015 r. Okoliczność, że do udzielanego przez Zamawiającego zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszeniu o zamówieniu, należy stosować przepisy dotyczące usług, nie była w postępowaniu odwoławczym kwestionowana.
Tym samym Odwołujący w sprawie KIO 491/16 wnosząc odwołanie zobowiązany był wnieść wpis w powołanej kwocie 15 000 zł, podczas gdy wniósł z tego tytułu kwotę 20 000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum Eneris kwoty 5 000 zł nadpłaconej z tytułu wpisu.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……