

Sygn. akt: KIO 2243/15
KIO 2256/15
KIO 2262/15

WYROK
z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 i 30 października 2015 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. ul. Opolska 11-19/1, 52-010 Wrocław oraz Biuro Projektów BIPROSTAŁ Sp. z o.o. ul. Królewska 57, 30-081 Kraków,**
- B. w dniu 16 października 2015 r. przez wykonawcę **Rambøll Danmark A/S, Hannemanns Alle 53, DK-2300 Kopenhaga, Dania,**
- C. w dniu 16 października 2015 r. przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.
ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- A. **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2243/15 oraz KIO 2256/15 po stronie zamawiającego,

4

-
- B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Żębiga 35, 60-164 Poznań oraz Grontmij GmbH Friedrich Mißler Str. 42, 28211 Breme, Niemcy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2243/15 oraz KIO 2256/15 po stronie zamawiającego oraz KIO 2262/15 po stronie odwołującego,
 - C. **Rambøll Danmark A/S, Hannemanns Alle 53, DK-2300 Kopenhaga, Dania** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2243/15 oraz KIO 2262/15 po stronie zamawiającego,
 - D. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. ul. Opolska 11-19/1, 52-010 Wrocław oraz Biuro Projektów BIPROSTAŁ Sp. z o.o. ul. Królewska 57, 30-081 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2256/15 oraz KIO 2262/15 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2243/15,
2. uwzględnia odwołania o sygn. akt KIO 2256/15 oraz KIO 2262/15 i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z instrukcjami zawartymi w uzasadnieniu,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. oraz Biuro Projektów BIPROSTAŁ Sp. z o.o.** (w sprawie o sygn. akt KIO 2243/15), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH** oraz wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.** (w sprawie o sygn. akt KIO 2256/15) oraz **Rambøll Danmark A/S**

(w sprawie o sygn. akt KIO 2262/15) i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. oraz Biuro Projektów BIPROSTAŁ Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rambøll Danmark A/S tytułem wpisu od odwołania,

5

- 3.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. tytułem wpisu od odwołania,
- 3.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. na rzecz wykonawcy Rambøll Danmark A/S kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika – po połowie, tj. 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy),
- 3.5. zasądza od wykonawcy Rambøll Danmark A/S na rzecz ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

6

Sygn. akt: KIO 2243/15
KIO 2256/15
KIO 2262/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wybór Projektanta dla Przedsięwzięcia pn. *Rozbudowa i modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Gwarków 9, w Dzielnicy Targówek m.st.. Warszawy*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 085-152722 w dniu 2 maja 2015 roku. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołanie o sygn. akt KIO 2243/15

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. oraz Biuro Projektów BIPROSTAŁ Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż podmiot ten spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz art. 51 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego

do składania ofert, pomimo iż podmiot ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dopuszczenie odwołującego do udziału w postępowaniu, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według rachunku przedłożonego na rozprawie,

7

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający poinformował go, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co powoduje, że podlega wykluczeniu z tego postępowania wskazując, iż odwołujący nie wykazał, że osoba przewidziana na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, p. P. C., posiada wymagane przez zamawiającego uprawnienia. Zdaniem odwołującego decyzja zamawiającego jest błędna.

Zgodnie z treścią sekcji III.2.1 C pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający postawił następujące wymagania odnośnie dysponowania osobą na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki: a) wykształcenie wyższe techniczne; b) co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (nie starsze niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w projektowaniu układów kontrolno-pomiarowych i automatyki, która w tym okresie zaprojektowała dokumentację dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych i kompleksowo zmodernizowanych obiektach (technologicznie i technicznie), będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, w tym co najmniej jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności co najmniej 150.000 Mg odpadów/rok oraz jednej ciepłowni/elektrociepłowni o mocy nie mniejszej niż 30 MW energii cieplnej, lub oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 20.000 m³/dobę, c) biegła znajomość języka polskiego w mowie i piśmie, d) uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne (poprzez termin „uprawnienia równoważne” rozumie się uprawnienia, które zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawniają do projektowania w danej specjalności na terenie Polski), e) doświadczenie w sprawowaniu nadzorów autorskich.

Dla potwierdzenia spełniania warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Z ww. informacji musiało wynikać potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Wykaz należało uzupełnić oświadczeniem wykonawcy, że wskazane osoby posiadają wymagane uprawnienia. W załączniku nr 4 do ogłoszenia, zamawiający zawarł wzór wykazu potwierdzającego dysponowanie potencjałem kadrowym niezbędnym do wykonania zamówienia. Tabela ta zawierała następujące kolumny: 1. Funkcja, 2. Imię i nazwisko proponowanej osoby, biegła

8

znajomość jęz. polskiego (tak/nie), 3. Wykształcenie, posiadane uprawnienia oraz rok ich otrzymania, liczba lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem projektowym, 4. Nazwa przedsięwzięcia (projektu) wraz z lokalizacją, w którym osoba brała udział i nazwa pełnionego stanowiska, 5. ITPOK o wydajności nie mniejszej niż 150.000 Mg/rok Tak/Nie, 6. Obiekt energetyczny (wytworzący energię cieplną w skojarzeniu z energią elektryczną), tj. ciepłownia/elektrociepłownia o mocy nie mniejszej niż 30 MW energii cieplnej Tak/Nie, 7. Oczyszczalnia ścieków o przepustowości co najmniej 20.000 m³/dobę Tak/Nie, 8. Przedsięwzięcie realizowane zgodnie ze standardem FIDIC lub równoważnym Tak/Nie, 9. Lata realizacji oraz czy inwestycja w fazie eksploatacji Tak/Nie 10. Wartość

przedsięwzięcia (projektu) w PLN netto.

W instrukcji do wyżej wskazanego załącznika zamawiający wskazał, iż: „W kolumnie >>Wykształcenie, posiadane uprawnienia oraz rok ich otrzymania, liczba lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem projektowym<< należy wpisać posiadane wykształcenie osoby proponowanej do zespołu projektowego, liczbę lat doświadczenia zawodowego, jak również wykazać, iż doświadczenie to jest aktualne, zgodnie z warunkami zamieszczonymi w ogłoszeniu, oraz jeśli ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania wskazuje.” Ponadto na tym załączniku oraz w treści ogłoszenia wskazane zostało, iż wymóg posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawniają do projektowania w danej specjalności na terenie Polski, należy rozumieć jako wymóg stawiany w niniejszym postępowaniu wykonawcom i osobom, który weryfikowany będzie przez zamawiającego dopiero na etapie realizacji usługi. Na etapie składania wniosków wykonawca oświadcza, że uprawnienia posiadane przez osoby wskazane do zespołu projektowego będą uprawniały, na etapie realizacji umowy, do projektowania na terenie Polski.

Odwołujący do swojej oferty załączył wykaz osób, wskazując na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki p. P. C., który jest obywatelem Włoch. W kolumnie trzeciej (w której wskazać należało: wykształcenie, posiadane uprawnienia oraz rok ich otrzymania, liczba lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem projektowym), odwołujący podał: Wykształcenie: Stopień inżynierii elektrycznej; Posiadane uprawnienia oraz rok ich otrzymania: Członek Izby Inżynierów od 1996; Liczba lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem projektowym: 19 lat doświadczenia zawodowego na dzień 19.06.2015.

W zakresie posiadanych uprawnień odwołujący wskazał, iż p. C. jest członkiem Izby Inżynierów. Odwołujący nie określił nic ponad to, gdyż osoba ta, zgodnie z prawem włoskim nie posiada odrębnych decyzji w zakresie posiadanych uprawnień, zgodnie bowiem z prawem włoskim nie wydaje się odrębnych decyzji w zakresie posiadania uprawnień

projektowo-budowlanych, tak jak to ma miejsce w prawie polskim. Przyjęcie do Izby Inżynierów powoduje, iż każdy jej członek posiada wszelkie uprawnienia związane z projektowaniem i budownictwem, w tym w projektowania w zakresie aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, co potwierdza opinia prawnika włoskiego, certyfikat z Izby Inżynierów oraz informacja z Krajowej Izby Inżynierów. Tak więc pierwotnie załączony przez odwołującego wykaz był poprawny i zawierał wszelkie informacje wymagane w ogłoszeniu, odwołujący wskazał bowiem, iż jego uprawnienia wynikają z faktu przynależności do Izby Inżynierów. Wymóg zawarty w ogłoszeniu dotyczył faktu posiadania uprawnień i nie było tu konieczne przepisywanie wymogu oczekiwanego przez zamawiającego uprawnienia.

Z uwagi na specyfikę prawa włoskiego i brak odrębnych uprawnień nie było też konieczne wypisywanie wszelkich możliwych czynności, jakie może wykonywać ta osoba z uwagi na przynależność do Izby Inżynierów. Na tym etapie bowiem istotne było przede wszystkim oświadczenie, iż osoba ta uprawnienia takie posiada, a dalsza ich weryfikacja miała odbywać się na etapie późniejszym, co wprost wynika z treści ogłoszenia.

W swoim wyjaśnieniu złożonym na skutek wezwania zamawiającego odwołujący wskazał uprawnienia określone dokładnie w ogłoszeniu, co w jego ocenie nie było konieczne na tym etapie sprawy. Odwołujący faktycznie na skutek omyki przy formatowaniu pisma nie podał w wyjaśnieniach przy osobie P. C. odpowiednika uprawnień dla niego przypisanych w ogłoszeniu, jednakże zwrócić należy uwagę, iż wymóg wskazania podania uprawnień został już wykonany przez odwołującego w wykazie i potwierdzony stosownym oświadczeniem. Stąd też błąd zawarty w wyjaśnieniu nie powinien rodzić dla niego negatywnych skutków. W kontekście powyższego za błędną należy uznać decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie, że osoba wskazana na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki (p. P. C.) posiada wymagane przez zamawiającego uprawnienia. Odwołujący wskazał, iż osoba ta ma uprawnienia wynikające z przynależności do Izby Inżynierów, a wykonawca nie był zobowiązany na tym etapie wykazywać posiadania uprawnień, gdyż treść ogłoszenia wyraźnie wskazywała, iż: „na etapie składania wniosków Wykonawca oświadcza, że uprawnienia posiadane przez osoby wskazane do zespołu projektowego będą uprawniały, na etapie realizacji umowy, do

projektowania na terenie Polski.” Odwołujący takie oświadczenie złożył, zarówno pod wykazem, jak i w osobnym dokumencie, w którym oświadczył, iż wszystkie osoby przez niego wskazane posiadają stosowne uprawnienia wymagane przez zamawiającego. Tym samym wykazał on w stopniu wymaganym w ogłoszeniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2256/15

10

Odwołujący – Rambøll Danmark A/S wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie spełnienia przez te podmioty warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu,
2. art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż ww. wykonawcy wykazali spełnienie warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,
3. art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż ww. wykonawcy udowodnili, że będą dysponować wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich w trakcie realizacji zamówienia,
4. § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie braku konieczności przedłożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla podmiotów trzecich w takim samym zakresie jak dla wykonawców, mimo ustanowienia treścią ogłoszenia o zamówieniu stosownego obowiązku (sekcja III.2.1 litera A, punkt 12),
5. § 1 ust. 6 ww. rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie braku konieczności przedłożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. dokumentów niezbędnych do oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów mimo ustanowienia treścią ogłoszenia o zamówieniu stosownego obowiązku (sekcja III 2.1 litera B),
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 3 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia poprzez uznanie potwierdzenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH braku podstaw do wykluczenia,

11

7. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. prowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania stron poprzez dopuszczenie przez zamawiającego do składania ofert podmiotów niespełniających bądź mogących nie spełniać postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocen spełniania tych warunków oraz dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.,
2. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij

Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH z postępowania z uwagi na brak złożenia dokumentów:

- a) potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia,
- b) potwierdzających brak przesłanek wykluczenia wobec podmiotów udostępniających wykonawcy swoje zasoby wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami określonymi w sekcji III.2.1 litera A, punkt 12 ogłoszenia o zamówieniu,
- c) niezbędnych do oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów określonych w sekcji III.2.1 litera B ogłoszenia o zamówieniu,
- d) potwierdzających brak przesłanek wykluczenia w oparciu o okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych na dzień wyznaczony na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

3. wykluczenia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na brak złożenia dokumentów:

- a) potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia,
- b) potwierdzających brak przesłanek wykluczenia wobec podmiotów udostępniających wykonawcy swoje zasoby wiedzy i doświadczenia oraz zgodnie z wymaganiami określonymi w sekcji III.2.1 litera A, punkt 12 ogłoszenia o zamówieniu,
- c) niezbędnych do oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów określonych w sekcji III.2.1 litera B ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją II punkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu: „przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej,

12

a w szczególności projektu budowlanego, dla przedsięwzięcia inwestycyjnego polegającego na modernizacji i rozbudowie istniejącego Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych w Warszawie przy ul. Gwarków 9, do instalacji spełniającej wymagania Najlepszej Dostępnej Techniki (BAT), umożliwiającej osiągnięcie wydajności termicznego unieszkodliwiania na poziomie 305.200 Mg/rok odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z systemu selektywnej zbiórki odpadów i frakcji nadsitowej pochodzącej z instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, poprzez: a) wybudowanie dwóch nowych linii technologicznych o wydajności 132.600 Mg/rok każda przy założeniu utrzymania ciągłości pracy istniejącej linii o wydajności 40.000 Mg/rok oraz b) modernizację procesu sortowania odpadów ze zbiórki selektywnej, w tym budowę linii technologicznej o wydajności 30.000 Mg/rok przy pracy trzymianowej (budowa automatycznej sortowni odpadów)”.

Ustanawiając tak wysokie wymagania zamawiający winien mieć na uwadze konieczność zapewnienia realności ich wykorzystania na etapie realizacji zamówienia, zapobiegając, już na etapie postępowania o udzielenie tego zamówienia, dokonywaniu fikcji przeniesienia zasobów, czy handlu referencjami. Już w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 2 grudnia 1999 r. w sprawie *Holst Italia* wskazano, iż zamawiający ma obowiązek zweryfikowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i upewnienia się, że „zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały okres wykonywania zamówienia.” Również analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje konsekwentnie, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich, a zwłaszcza wiedzę i doświadczenie, powinno być dopuszczalne tylko, jeśli wykonawca realnie dysponuje tymi zasobami. Realne dysponowanie wiedzą i doświadczeniem musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Inaczej bowiem niż wiedza, którą da się zdobyć z literatury przedmiotu czy przez udział w szkoleniach, doświadczenie z istoty nie może być teoretyczne, a zatem nie da się go „udostępnić” bez praktycznego i realnego udziału w realizacji zamówienia. Również treść rozporządzenia z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje na konieczność realnego dysponowania zasobami (§ 1 ust. 6). Także przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (tzw. nowej dyrektywy klasycznej)

przesądza, że „w odniesieniu do kryteriów (...) dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne” (art. 63). Bez wątpienia jest to właściwa dyrektywa wykładni przepisów ustawy, która powinna być uwzględniana przez KIO i sądy.

13

Tymczasem w treści złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajdują się zobowiązania, których treść w żaden sposób nie gwarantuje zamawiającemu realności przeniesienia zasobów.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH przedłożyli pisemne zobowiązania podmiotów trzecich – firm Sutco-Polska Sp. z o.o. oraz Grontmij AB, w których sposób wykorzystania udostępnionych zasobów został określony jako „doradztwo, konsultacje, wymiana *know-how* przy realizacji przedmiotowego zamówienia”. Treść złożonych zobowiązań ma w istocie pusty charakter, sprowadza się wyłącznie do wskazania w sposób formalny sposobu wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego tylko w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, bez skonkretyzowania, na czym faktycznie miałyby polegać wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w toku realizacji zamówienia. Tego rodzaju zobowiązania z uwagi na swój nieokreślony charakter pozostają nieegzekwowalne w stosunku do podmiotu trzeciego w świetle regulacji art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. solidarnej odpowiedzialności za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, nie wskazano bowiem jakichkolwiek zasad współpracy. Co więcej, w treści ww. zobowiązań wskazano, iż podmioty udostępniające nie wezmą udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. Tymczasem zgodnie z utrwaloną linią orzecznictw KIO w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego niemożliwe jest przeniesienie lub udostępnienie wiedzy i doświadczenia bez uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, gdyż przedmiotem wiedzy i doświadczenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Nie można bowiem przekazać ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia, co do zasady w formie podwykonawstwa. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem. Również charakter zamówienia uniemożliwia przeniesienie zasobów bez udziału podmiotu trzeciego w jego realizacji, zamówienia jest bowiem wykonanie dla przedmiotem dokumentacji projektowej na i przedsięwzięcia polegającego modernizacji rozbudowie istniejącego Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych w Warszawie i zabudowy w nim zaawansowanych instalacji. A działaniem będzie technologicznie zatem głównym w pierwszej kolejności wykonanie projektu budowlanego do uzyskania pozwolenia na

14

budowę, a następnie szczegółowego projektu wykonawczego oraz sprawowanie nadzorów autorskich. Będzie to projekt nietypowy i bardzo złożony. Określając wymagania wobec potencjalnych wykonawców zamówienia zamawiający sprecyzował warunki zarówno w zakresie dysponowania odpowiednio wykwalifikowaną kadrą, jak i w zakresie posiadanej przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia. Oba wymiary potencjału wykonawcy są kluczowe dla powodzenia przedsięwzięcia. Tak skomplikowanego projektu nie zrealizuje zespół złożony z osób, których kwalifikacje zamawiający weryfikuje w ramach potencjału kadrowego. Doświadczenie wykonawcy w organizacji i zarządzaniu tak skomplikowanym procesem jest nie mniej ważne od doświadczenia kluczowych projektantów. Ponadto wykonawca, który nie ma doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, nie może polegać jedynie na zasobach podmiotu trzeciego, który biernie będzie przyglądał się realizacji zamówienia, bowiem nie gwarantuje to należytego wykonania zamówienia. Jest

bowiem bardzo prawdopodobne, iż tego rodzaju wykonawca nie będzie w stanie sam rozpoznać zagrożeń czy kolejności organizacyjnej dokonywanych czynności, a w konsekwencji nie będzie miał nawet świadomości konieczności dokonywania konsultacji czy doradztwa z podmiotem trzecim. Jeśli już przyjąć, iż za pomocą doradztwa czy konsultacji możliwe jest przeniesienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, co jest mocno wątpliwe, to rola podmiotu trzeciego winna być rolą aktywną, wręcz nadzorczą nad całym procesem projektowym. Z treści zobowiązań załączonych do wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH taka rola podmiotu trzeciego zupełnie nie wynika. Słusznie zamawiający wskazał w treści pisma wzywającego wykonawcę do wyjaśnień, iż „wątpliwość Zamawiającego budzi rzeczywisty sposób udostępnienia przez podmiot trzeci swojej wiedzy i doświadczenia w sytuacji, jeśli nie weźmie on udziału w realizacji zamówienia. (...) doświadczenie wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. O ile wiedzę (teoretyczną) można przekazać w postaci szkoleń, porad – doradztwa czy konsultacji, to doświadczenie się nabywa, obejmuje ono przecież umiejętności praktyczne. Aby uzyskać doświadczenie w danej dziedzinie, w określonym zakresie konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu jakiegoś przedsięwzięcia, nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa.” Jednak, mimo świadomości braku realności przeniesienia zasobów przez podmioty trzecie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH, zamawiający dokonał pozytywnej oceny spełniania przez ten podmiot warunków wykazywanych przez te podmioty.

Również zobowiązania załączone do wniosku ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. nie pozwalają przyjąć realności przeniesienia zasobów. W istocie bowiem są to zobowiązania o analogicznej, choć nieznacznie rozszerzonej, treści opierającej się na doradztwie

15

i konsultacjach. Wykonawca rozszerzył (doprecyzował) pozornie zakres zobowiązania wskazując, iż w ramach stałego doradztwa i konsultacji technicznych istnieje możliwość „konsultowania i uzgadniania z naszą kadrą techniczną mającą doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień, procesu organizacji inwestycji oraz sposobów rozwiązywania pojawiających się w jej trakcie problemów”. Dodatkowo wskazać należy, iż ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. samodzielnie nie posiada wymaganego doświadczenia, bowiem wszystkie realizacje były wykonywane przez podmioty trzecie. Zamawiający wystosował analogiczne jak ww. pismo, w którym wskazywał na swoje uzasadnione wątpliwości co do możliwości realnego przekazania swoich zasobów przez firmę Vauche SA. Obydwa podmioty udostępniające swoje zasoby, tj. Af-Consult OY oraz Vauche SA złożyły we wniosku identyczne w swej treści zobowiązania, przy czym przyjąć należy, iż oba podmioty nie do końca orientowały się w zakresie złożonego zobowiązania oraz faktycznej roli, jaką mają pełnić podczas realizacji zamówienia, bowiem jeden z podmiotów zadeklarował udział w realizacji zamówienia, natomiast drugi oświadczył, iż nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Prawdopodobne jest, że treść zobowiązania została narzucona podmiotom trzecim, które nie zastanawiały się nad swoją rolą w realizacji zamówienia. Fakty te potwierdzają, iż przedłożone zobowiązania zostały złożone wyłącznie w celu formalnego spełnienia postawionych w niniejszym postępowaniu warunków udziału w postępowaniu. Na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zobowiązań podmiotów trzecich, wykonawca złożył nowe zobowiązanie, w którym Af-Consult OY oświadczył, iż nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym wykonawca wypełnił dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie przewiduje ona sprostowania przez wykonawcę złożonych dokumentów. Zamawiający nie mógł również poprawić złożonego oświadczenia w trybie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, bowiem nie jest to oczywista omyłka pisarska. Przedmiotowa zmiana oświadczenia podmiotu trzeciego deklarującego udział w realizacji zamówienia ma charakter merytorycznej zmiany i w istocie tworzy nowy dokument zobowiązaniowy.

Obowiązek przedkładania dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia z postępowania nie dotyczy jedynie przypadku, gdy podmiot udostępniający zasoby ma pełnić rolę podwykonawcy, a użytego w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia pojęcia „udziału w realizacji części zamówienia” nie można utożsamiać z pojęciem podwykonawstwa. Termin

„podwykonawca” jest pojęciem języka prawnego, którym ustawy Prawo zamówień publicznych posługuje się w szeregu przepisów, nie został jednak użyty ani w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, ani w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia. Tym samym wyniki wykładni literalnej potwierdzają, że termin zawarty w § 3 ust. 4 rozporządzenia obejmuje także inne niż podwykonawstwo formy udziału w realizacji zamówienia. Przyjęcie

16

odmiennego poglądu prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy powołujący się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich mających zostać podwykonawcami, podlegaliby dodatkowej kontroli, z uwagi na obowiązek przedłożenia dokumentów podmiotowych dla danego podwykonawcy, natomiast wykonawcy korzystający z zasobów podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia w sposób zakładający inny udział takiego podmiotu w realizacji zamówienia, nie mieliby podlegać weryfikacji. Innymi słowy, skorzystanie z najbardziej realnej i najdalej idącej formy udostępnienia zasobów (podwykonawstwa) stawiałoby wykonawcę w gorszej sytuacji, niż skorzystanie ze sposobu opierającego się na mniejszym zaangażowaniu podmiotu trzeciego (np. udział w realizacji zamówienia w roli konsultanta). Taki stan rzeczy byłby nie do pogodzenia z brzmieniem i funkcją przepisów o korzystaniu z zasobów podmiotów trzecich oraz z zasadą równego traktowania wykonawców. Celem ustanowienia obowiązku przedkładania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich było przeciwdziałanie uzyskiwaniu korzyści finansowych z realizacji zamówień publicznych przez podmioty niewłaściwe czy nierzetelne w stosunku do instytucji publicznych, np. zalegające z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Tym samym każdy udział w realizacji zamówienia (również jako konsultant lub doradca) generuje po stronie wykonawcy obowiązek przedłożenia dokumentów podmiotowych dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, jeśli zamawiający wprowadzi regulację zawartą w § 3 ust. 4 rozporządzenia. Zamawiający wprowadził taką regulację w sekcji III.2.1 litera A punkt 12 ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., mimo ustanowienia takiego obowiązku zapisami ogłoszenia o zamówieniu nie załączyli dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego, odpowiednio Af-Consult Oy i Vauche SA oraz Grontmij AB i Sutko-Polska Sp. z o.o. W konsekwencji wykonawca nie potwierdził spełnienia „udostępnianego” warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego wykonawcy mogli wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez podmioty trzecie pod warunkiem, że: 1) udowodnią realność udostępnienia zasobów, 2) wykażą, że podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, 3) załączą do wniosku dokumenty potwierdzające brak przesłanek wykluczenia tych podmiotów.

Zobowiązania złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH nie stanowią skutecznego przeniesienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem nie zapewniają uczestnictwa podmiotów trzecich w toku realizacji zamówienia, a treść zobowiązania nie stanowi gwarancji, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie dysponował

17

wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich w sposób gwarantujący zamawiającemu należyte wykonanie przedmiotu zamówienia (brak realności przeniesienia zasobów). Wykonawca ten powinien zatem być wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nawet gdyby przyjąć, iż faktycznie podmioty trzecie będą brały udział w realizacji zamówienia, to wykonawca powinien być i tak wezwany do uzupełnienia dokumentów, bowiem nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w takim samym zakresie jak od samych wykonawców dla obu podmiotów udostępniających zasoby. Zobowiązania złożone przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. nie stanowią skutecznego przeniesienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem treść zobowiązania nie stanowi gwarancji, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca

będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich w sposób gwarantujący zamawiającemu należyte wykonanie przedmiotu zamówienia (brak realności przeniesienia zasobów) oraz nie załączono dla firmy Af-Consult OY oraz Vauche SA dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w takim samym zakresie jak od samych wykonawców. Z uwagi na fakt, iż wykonawca ten przedłożył nowe zobowiązanie, czym wypełnił dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z sekcją III.2.1 litera A) ogłoszenia o zamówieniu: „Celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wymaga dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu następujących dokumentów: (...) 6. Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.” Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH załączyli informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną 11 czerwca 2015 r. zgodnie z którą „Grontmij Polska Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością” nie figuruje w kartotece nieletnich Krajowego Rejestru Karnego. Tym samym treść tego dokumentu nie potwierdzała, iż wykonawca nie jest podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp).

W konsekwencji zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „do złożenia prawidłowego dokumentu, to jest informacji z Krajowego

18

Rejestru Karnego o zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania wniosków.” W odpowiedzi wykonawca wskazał: „iż przedłożony wraz z wnioskiem dokument zawierał błąd, powstały na skutek omyłki urzędnika sądowego punktu informacyjnego Krajowego Rejestru Sądowego (...). W związku z tym (...) osoba ta była upoważniona do naniesienia poprawki w omawianym dokumencie i taki, poprawiony dokument, przedstawiamy w załączeniu (...)”.

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują jednoznacznie, iż przedłożony na wezwanie zamawiającego dokument mający potwierdzić brak podstaw do wykluczenia został wystawiony po upływie terminu wyznaczonego na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazać bowiem należy, iż „poprawka” urzędnika tworząca w istocie nowy dokument mający potwierdzać brak podstaw do wykluczenia została dokonana po upływie terminu wyznaczonego na składanie wniosków. W konsekwencji wykonawca winien podlegać wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2262/15

Odwolujący – ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Rambøll Danmark A/S, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania wiedzą i doświadczeniem w zakresie określonym w punkcie III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu,

2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Rambøll Danmark A/S, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania określonymi w punkcie III.2.1.C ppkt 4, 5, 7 i 8 ogłoszenia o zamówieniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności zdolnymi do pełnienia funkcji: a) projektantów ds. branży konstrukcyjno-budowlanej, b) projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej, c) projektanta ds. branży energetycznej, d) eksperta ds. oczyszczania spalin.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności dopuszczenia Rambøll Danmark A/S do udziału w postępowaniu, wykluczenia

Rambøll Danmark A/S z postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

19

Zgodnie z punktem III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu postawiony przez zamawiającego warunek w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał usługi polegające na zaprojektowaniu co najmniej jednej zbudowanej lub rozbudowanej i kompleksowo zmodernizowanej (technologicznie i technicznie) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, o wydajności nie mniejszej niż 200.000 Mg odpadów/rok, będącej na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, zrealizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne oraz co najmniej dwóch instalacji do automatycznego sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok, będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji.” Jednocześnie zamawiający w ogłoszeniu wyjaśnił, że każdorazowo, jeśli w ogłoszeniu użyto terminu: „zaprojektowanie lub kompleksowe zaprojektowanie” oznacza to wykonanie przez wykonawcę co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych dla danego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wymaganego doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na zaprojektowaniu co najmniej dwóch instalacji do automatycznego sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok, będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji Rambøll Danmark A/S wskazał na doświadczenie przy projektowaniu następujących instalacji: a) Sortownia i kompostownia dla Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych, Wągrowiec, Polska, 2012-2013 oraz b) Instalacja mechaniczno-biologicznego unieszkodliwiania odpadów na składowisku odpadów w miejscowości Łęczycza, Zakład Zagospodarowania Odpadów w Stargardzie Szczecińskim, Łęczycza, Polska, 2012-2013. Z przedłożonych przez wykonawcę listów referencyjnych odnoszących się do przedmiotowych usług wynika, że przedmiotowe usługi projektowe nie obejmowały wykonania „co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych dla danego przedsięwzięcia inwestycyjnego”, co było wprost wymagane przez zamawiającego oraz, że wskazane instalacje nie spełniają wymogu w zakresie minimalnej przepustowości ze zbiórki selektywnej na poziomie 30.000 Mg/rok.

Wobec powyższego Rambøll Danmark A/S nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania wiedzą i doświadczeniem w zakresie określonym w pkt. III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie, wobec uprzedniego wezwania tego wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, wskazane powyżej uchybienia nie podlegają uzupełnieniu, a tym samym wykonawca

20

powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych bez konieczności wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem III.2.1 C ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonywania funkcji projektantów ds. branży konstrukcyjno-budowlanej, w tym co najmniej dwiema osobami posiadającymi:

- a) wykształcenie wyższe techniczne, b) doświadczenie w sprawowaniu nadzorów autorskich, c) biegłą znajomość języka polskiego w mowie i piśmie, d) uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne (poprzez termin „uprawnienia równoważne” rozumie się uprawnienia, które zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawniają do projektowania w danej specjalności na terenie Polski), z czego jedna osoba będzie legitymowała się co najmniej 10-letnim doświadczeniem zawodowym (nie starszym niż 10 lat od dnia publikacji

ogłoszenia) w zarządzaniu zespołem oraz w opracowywaniu dokumentacji projektowej zgodnej z wymaganymi przez przepisy prawa normami, w tym koncepcji architektonicznych, która w tym okresie opracowała dokumentację projektową dla co najmniej dwóch infrastrukturalnych inwestycji budowlanych o charakterze przemysłowym, z czego jedną była instalacja termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 90.000 Mg odpadów/rok, będąca na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie budowy lub eksploatacji; natomiast druga osoba będzie legitymowała się co najmniej 10-letnim doświadczeniem zawodowym (nie starszym niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w opracowywaniu dokumentacji projektowej, wykonanej zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi oraz wymaganymi przez przepisy prawa normami, w tym koncepcji architektonicznych, która w tym okresie opracowała dokumentację projektową dla co najmniej dwóch infrastrukturalnych inwestycji budowlanych o charakterze przemysłowym. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że każdorazowo, jeśli w ogłoszeniu użyto terminu „dokumentacja projektowa” oznacza dokumentację projektową zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programem funkcjonalno-użytkowym lub aktami prawnymi w sprawie zakresu i formy dokumentacji projektowej obowiązujących w miejscu wykonania dokumentacji projektowej, w zakresie co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych; „zaprojektowanie lub kompleksowe zaprojektowanie” oznacza wykonanie przez wykonawcę co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych dla danego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

21

Rambøll Danmark A/S jako osobę nr 1 do pełnienia funkcji projektanta ds. branży konstrukcyjno-budowlanej wskazał Birthe Lindegaard, jednak w odniesieniu do tej osoby brak jest potwierdzenia wymaganego co najmniej 10-letniego doświadczenia w zakresie opracowywania dokumentacji projektowej, w tym koncepcji architektonicznych. Jako osobę nr 2 wskazał M. S., jednak w odniesieniu do doświadczenia zawodowego tej osoby brak jest potwierdzenia posiadanego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej, obejmującej co najmniej projekt budowlany i wykonawczy dla wymaganych

inwestycji o Ponadto infrastrukturalnych budowlanych charakterze przemysłowym.

wykonawca nie wykazał, aby osoba ta posiadała co najmniej 10-letnie doświadczenie w zarządzaniu zespołem, zgodnie z wymogami ogłoszenia o zamówieniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przekazał strony tytułowe dokumentacji dotyczącej akumulatora ciepła w Elektrowni Ostrołęka, mające potwierdzić doświadczenie M. S. w opracowywaniu dokumentacji projektowej infrastrukturalnej inwestycji budowlanej o charakterze przemysłowym. Jednakże przekazane strony tytułowe wskazują jedynie, iż dokumentacja dotyczyła „projektu warsztatowego”, a nie projektu budowlanego. Zgodnie z punktem III.2.1 C. pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą zdolną do pełnienia funkcji projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej posiadającą a) „wykształcenie wyższe techniczne, b) co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (nie starsze niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w projektowaniu układów kontrolno-pomiarowych i automatyki, która w tym okresie zaprojektowała dokumentację dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych/ kompleksowo zmodernizowanych obiektach (technologicznie i technicznie), będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, w tym co najmniej jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności co najmniej 150.000 Mg odpadów/rok oraz jednej ciepłowni/elektrociepłowni o mocy nie mniejszej niż 30 MW energii cieplnej, lub oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 20.000 m³/dobę, c) biegłą znajomości języka polskiego w mowie i piśmie, d) uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne (poprzez termin „uprawnienia równoważne” rozumie się uprawnienia, które zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawniają do projektowania w danej specjalności na terenie Polski), e) doświadczenie w sprawowaniu nadzorów autorskich. Rambøll Danmark A/S do pełnienia tej funkcji wskazał H. R., jednak brak jest jakichkolwiek

informacji na temat posiadanego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy. Jak wynika z przedłożonych dokumentów H.

22

R. w zakresie projektów wykonawczych pełnił jedynie „kontrolę nad opracowywaniem projektów wykonawczych”.

Zgodnie z punktem III.2.1 C. pkt 7 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą zdolną do pełnienia funkcji projektanta ds. branży energetycznej posiadającą: a) „wykształcenie wyższe techniczne, b) co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (nie starsze niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w projektowaniu instalacji energetycznych, która w tym okresie opracowała dokumentację projektową dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych i kompleksowo zmodernizowanych (technologicznie i technicznie), będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji obiektach, w tym co najmniej: jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności co najmniej 150.000 Mg odpadów/rok oraz jednej ciepłowni/elektrociepłowni, lub dwóch ciepłowni/elektrociepłowni o mocy nie mniejszej niż 30 MW energii cieplnej, c) biegłą znajomość języka polskiego w mowie i piśmie, d) uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń energetycznych lub uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne, e) doświadczenie w sprawowaniu nadzorów autorskich.

Rambøll Danmark A/S do pełnienia tej funkcji wskazał C. H., jednak brak jest jakichkolwiek informacji na temat posiadanego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy. Jak wynika z przedłożonych dokumentów, C. H. w zakresie projektów wykonawczych pełnił jedynie „kontrolę nad opracowywaniem projektów wykonawczych”.

Zgodnie z punktem III.2.1 C. ppkt 8 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą zdolną do pełnienia funkcji eksperta ds. oczyszczania spalin posiadającą: a) „wykształcenie wyższe techniczne, b) co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (nie starsze niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w opracowywaniu dokumentacji projektowej, określającej technologię oczyszczania spalin odlotowych z procesu spalania odpadów komunalnych, która w tym okresie opracowała dokumentację projektową dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych i kompleksowo zmodernizowanych (technologicznie i technicznie) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, o wydajności nie mniejszej niż 90.000 Mg odpadów/rok, będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, z czego jedna z przywołanych wyżej instalacji powinna być wyposażona

23

w pólsluchy system oczyszczania spalin, c) biegłą znajomość języka polskiego w mowie i piśmie.

Rambøll Danmark A/S do pełnienia tej funkcji wskazał M. L., jednak brak jest jakichkolwiek informacji na temat posiadanego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy. Jak wynika z przedłożonych dokumentów M. L. w zakresie projektów wykonawczych pełnił jedynie „kontrolę nad opracowywaniem projektów wykonawczych”. W odniesieniu do tej osoby nie wykazano także wymaganego doświadczenia w zakresie co najmniej 10-letniego doświadczenia zawodowego w opracowywaniu dokumentacji projektowej, określającej technologię oczyszczania spalin odlotowych z procesu spalania odpadów komunalnych.

Oznacza to, że Rambøll Danmark A/S nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do pełnienia ww. funkcji.

II Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania z 29 lipca 2015 r., odpowiedzi odwołującego z 13 sierpnia 2015 r.) nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez odwołującego w odwołaniu (nie był kwestionowany przez zamawiającego ani przystępujących).

Izba ustaliła, że przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym jest wykluczenie odwołującego z postępowania ze względu na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na niewykazanie dysponowania osobą na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki posiadającą uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

24

Treść wymagań (warunku udziału w postępowaniu) przytoczona przez odwołującego w odwołaniu nie była sporna. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoje stanowisko co do poprawności swojej czynności podkreślając, że nawet jeśli wskazany na to stanowisko P. C. takie uprawnienia posiada, to nie zostało to przez odwołującego wykazane w stosownej chwili, tj. na etapie badania przez zamawiającego wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz dopiero w odwołaniu. Zamawiający nie polemizował ze stanowiskiem odwołującego zawartym w odwołaniu, że p. C. ewentualnie uprawnienia posiada wskazując na ww. okoliczność niewykazania tego faktu jako podstawę swojej czynności.

Izba uznała, że decyzja zamawiającego dotycząca wykluczenia odwołującego była prawidłowa. Zamawiający wymagał, by osoba wskazana na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki posiadała uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne (poprzez termin „uprawnienia równoważne” rozumie się uprawnienia, które zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawniają do projektowania w danej specjalności na terenie Polski).

Odwołujący na stanowisko to wskazał P. C. (alternatywnie używana w dokumentach pisownia: P. C.) – jak wyjaśnił w odwołaniu, obywatela Włoch. W załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazie mającym potwierdzić dysponowanie potencjałem kadrowym niezbędnym do wykonania zamówienia, przygotowanym według wzoru zamawiającego w kolumnie „Wysztalcenie, posiadane uprawnienia oraz rok ich otrzymania, liczba lat doświadczenia zawodowego w projektowaniu” podał: •Stopień inżynierii elektrycznej w 1985 roku, •Członek Izby Inżynierów od 1996, •19 lat doświadczenia zawodowego na dzień 19.06.2015.

29 lipca 2015 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skierował do odwołującego pismo wzywające odwołującego do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na str. 6-7 tego pisma zamawiający odniósł się do P. C. wskazując na nieprawidłowy opis doświadczenia tej osoby oraz stwierdzając, iż „w sekcji III.2.1) C pkt 5 lit. d [ogłoszenia o zamówieniu] oczekuje się, że osoba na stanowisko Projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki będzie posiadała uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne (poprzez termin „uprawnienia równoważne” rozumie się uprawnienia, które zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawniają do projektowania w danej specjalności na

25

terenach Polski), Wykonawca w tabeli nr 4 nie wskazał czy osoba wskazana przez wykonawcę na ww. stanowisko posiada wymagane uprawnienia.”

W odpowiedzi, pismem z 13 sierpnia 2015 r. (str. 22), odwołujący odniósł się do posiadanego przez P. C. doświadczenia, opisując je, jednak nie wskazał informacji dotyczących uprawnień pana C. . Pod informacją o doświadczeniu pana C. zawarł informacje dotyczące uprawnień w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych równoważnych w stosunku do wydawanych na podstawie przepisów Prawa budowlanego, lecz dla P. B. wskazanego do pełnienia funkcji projektanta ds. branży elektrycznej, którego dotyczyła kolejna pozycja pisma (w tym zakresie odwołujący również był wzywany do uzupełnienia w zakresie doświadczenia i posiadanych uprawnień).

Przy czym nie można uznać, że wskazanie w tym akapicie nazwiska P. B. stanowi jedynie omyłkę pisarską, a informacja faktycznie dotyczy P. C., skoro znajduje się w punkcie dotyczącym tej osoby. Wykonawca był bowiem wzywany do udzielenia informacji o uprawnieniach P. B., nie ma innej informacji o uprawnieniach tej osoby, a data wpisu obok numeru izby to rok 1979, podczas gdy w wykazie podano, że P. C. jest członkiem Izby Inżynierów od roku 1996. Być może odwołujący pomylił wpisy dotyczące poszczególnych specjalistów (same wyjaśnienia są długie i obejmują wiele osób), jednak nie zmienia to faktu, że brak jest informacji dotyczących uprawnień budowlanych P. C. . Za takie nie można bowiem uznać samego stwierdzenia, że P. C. jest członkiem Izby Inżynierów – na gruncie prawa polskiego (i nie tylko polskiego) oraz praktyki, jest to informacja dalece niewystarczająca do stwierdzenia, czy i jakie uprawnienia posiada osoba wpisana na taką listę, a więc – co jest istotne – czy posiada akurat uprawnienia wymagane. Co więcej, powszechnie wiadome w branży oraz w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych jest to, że w przypadku, gdy chodzi o uprawnienia równoważne, tj. odpowiadające zakresem wskazanym w obecnie obowiązujących przepisach (czy to uprawnienia zagraniczne, czy wydane w oparciu o wcześniejsze przepisy krajowe), wielokrotnie dochodziło do sporów, czy dane uprawnienia na pewno są uprawnieniami bez ograniczeń i czy obejmują daną część branży.

Zdaniem Izby podanie tej informacji przez wykonawcę – i to wprost (złożenie konkretnego, jednoznacznego oświadczenia) – jest niezbędne, gdyż w każdym innym przypadku pozostaje w sferze domysłów zamawiającego, co jest nieprawidłowe w świetle zasad wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej niedopuszczalne jest, by zamawiający zmuszony był poszukiwać jakichkolwiek informacji na włoskiej stronie internetowej; zresztą pomimo włoskiego brzmienia nazwiska wcale nie musiało tu chodzić o izbę włoską. Zresztą zamawiający zwrócił się wprost o przedstawienie mu danych informacji poprzez uzupełnienie wykazu osób. Pomijając już formalny skutek tego wezwania,

26

czynność ta wskazywała wprost, że nie uznał zawartej w wykazie informacji za poprawną (dającą mu oczekiwaną informację).

Z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika bowiem wprost, że to wykonawca ma wykazać spełnianie tych warunków. Według internetowego „Słownika języka polskiego” PWN określenia „wykazać/wykazywać (się)” oznaczają: 1. uzewnętrznić coś, 2. ujawnić istnienie czegoś, 3. przedstawić coś w sposób przekonujący, 4. udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy charakteru, 5. okazać dokumenty potwierdzające coś (podobnie słownik pod redakcją W. Doroszewskiego (<http://sjp.pwn.pl/szukaj/wykazac.html>; <http://sjp.pwn.pl/doroszewski/wykazac;5520181.html>)). Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jednoznaczna i zmierza w tym samym, jednym kierunku – przepis ten po to został zmieniony w stosunku do jego poprzedniego brzmienia, aby wskazywał właśnie na ten efekt i obowiązek wykonawcy – tj. to on ma zamawiającemu jednoznacznie udowodnić, że warunki spełnia, a nie pozostawiać to domniemaniom i domysłom.

Nie można również uznać, że zamawiający nie wymagał podania informacji w tym zakresie – z sekcji III.2.1. pkt D ppkt D.3. ogłoszenia o zamówieniu wynika wprost, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał dołączenia do wniosku wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do

wykonania zamówienia, a z tego wykazu musiało wynikać potwierdzenie spełniania warunku określonego w sekcji III.2.1) lit. C ogłoszenia.

Wymaganie dotyczące posiadanych uprawnień było istotnym elementem wymogów dotyczących kwalifikacji zawodowych i wykształcenia projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, wręcz kluczowym, gdyż bez tych uprawnień nie mógłby on w ogóle wykonać projektu, przynajmniej zgodnie z przepisami prawa (a tylko takie wykonanie wchodzi w grę).

To, że posiadanie uprawnień zamawiający będzie weryfikował przed zawarciem umowy, jest zupełnie inną kwestią – jest to powszechna praktyka zamawiających i polega na przedstawieniu (oryginałów) dokumentów stwierdzających nadanie danych uprawnień. Była ona stosowana także w przeszłych stanach prawnych, kiedy wykonawcy do swoich ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawiali kserokopie uprawnień i jest stosowana tym bardziej teraz, kiedy zamawiający opierają się jedynie na oświadczeniach wykonawców. Nie zmienia też ona faktu, że stosowne oświadczenie w tym zakresie wykonawca musi złożyć we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, aby mogło być ono zweryfikowane także w ramach badania wniosku.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie o sygnaturze KIO 2243/15.

27

Odwołanie o sygn. akt KIO 2256/15

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwań zamawiającego do, odpowiednio, wyjaśnienia lub uzupełnienia wniosków, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez odwołującego w odwołaniu (nie był kwestionowany przez zamawiającego ani przystępujących).

Izba ustaliła, że przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym a przystępującymi – wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz wykonawcą ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (zamawiający uwzględnił odwołanie w całości) jest zaniechanie wykluczenia przystępujących z postępowania pomimo niewykazania przez nich, zdaniem odwołującego, spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z powołaniem się na zasoby innych podmiotów, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH także nieprzedstawienie prawidłowej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotów zbiorowych.

W sekcji III.2.1) pkt B ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy muszą spełniać następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia: „warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał usługi polegające na zaprojektowaniu co najmniej jednej zbudowanej lub rozbudowanej i kompleksowo zmodernizowanej (technologicznie i technicznie) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, o wydajności nie mniejszej niż 200.000 Mg odpadów/rok, będącej na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, zrealizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne oraz co najmniej dwóch instalacji do automatycznego sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok, będących na dzień upływu terminu składania

28

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji.” Jednocześnie zamawiający w ogłoszeniu zdefiniował użyte pojęcia, np. „warunki kontraktowe FIDIC lub

równoważne”, „zaprojektowanie lub kompleksowe zaprojektowanie”.

Zamawiający wskazał również, że w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, żąda przedstawienia dokumentów dotyczących w szczególności: 1. zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy realizacji zamówienia, 3. charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, 4. zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. (Zostało to też powtórzone w punkcie C). W celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy mieli przedstawić wykaz wykonanych głównych usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (pkt D.2. ww. sekcji ogłoszenia).

Możliwość powoływania się przy wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu na potencjał innego podmiotu wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.” Art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych, który również przywołał odwołujący, stanowi, że podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpośrednim przeniesieniem regulacji unijnych, m.in. art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

29

Oznacza to, że przy jego interpretacji szczególnie istotne są poglądy dotyczące interpretacji dyrektywy wyrażone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE.

Podstawą postawionych przez odwołującego zarzutów były nieprawidłowe zobowiązania podmiotów, na których potencjał powołali się ww. wykonawcy, a które, zdaniem odwołującego nie wskazywały na realne, w trakcie realizacji zamówienia, korzystanie z tych zasobów, a jedynie formalne – wyłącznie w celu formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał przede wszystkim, że powoływanie się na zasoby innych podmiotów (zwanymi popularnie „podmiotami trzecimi”) powinno być dopuszczalne tylko, jeśli wykonawca realnie dysponuje tymi zasobami. Realne dysponowanie wiedzą i doświadczeniem innych podmiotów musi wiązać się z udziałem tych podmiotów w realizacji zamówienia i to nie obojętnie jaki ich udział, ale w postaci podwykonawstwa, ewentualnie, jeśli przyjąć możliwość przeniesienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w postaci doradztwa i konsultacji (co jest wątpliwe) to rola podmiotu trzeciego winna być rolą aktywną, wręcz nadzorczą nad całym procesem projektowym.

Iżba w pełni zgadza się z owym poglądem. Zresztą pogląd o konieczności realnego dysponowania deklarowanymi zasobami wielokrotnie wyrażany był w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczących możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów, poczynając od wyroku z 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 Ballast Nedam, czy z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia. Przykładowo można tu przywołać nowszy wyrok – z 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12, w którym Trybunał wskazał: „Należy zatem zauważyć, że dyrektywa 2004/18

umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia.”

Przy czym należy tu zwrócić uwagę, że określeń odnoszących się do „możliwości dysponowania” zasobem nie można odczytywać jako „może, ale nie musi z nich skorzystać, jeśli nie zechce”, ale jako „na pewno będzie z nich korzystał.” Podobnie, jeśli chodzi o „niezbędność do wykonania zamówienia” – nie można tego odczytywać jako zezwolenie na to, by wykonawca w trakcie realizacji zamówienia stwierdził, że dany zasób, tu: wiedza i doświadczenie, są mu zbędne, gdyż i bez nich wykona zamówienie. W tym wypadku zasób ten jest „niezbędny”, gdyż taki był warunek powierzenia wykonawcy wykonania projektu. Zatem i zamówienie „niezbędne” musi wykonać podmiot posiadający wymagane i określone w warunku doświadczenie.

30

W innym przypadku nie można w ogóle mówić o realności dysponowania środkami, a jedynie o ich formalnym wykorzystaniu w postępowaniu wyłącznie w celu formalnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. To z kolei zostało wyraźnie wykluczone. Do tej kwestii odnosi się też „udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami” – czyli że będzie dysponował wymaganą wiedzą i doświadczeniem – czyli, że przedmiot zamówienia wykonana podmiot, który tę wiedzę i doświadczenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia deklarował, czyli podmiot trzeci, a nie jakkolwiek inny, włącznie z samym wykonawcą (nieposiadającym wymaganego doświadczenia).

Wyraz tego można odnaleźć m.in. w opinii Rzecznika Generalnego wyrażonej w przywołanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH sprawie C-324/14 (oficjalnie dostępnej na stronie internetowej Trybunału), w której wskazano: „27. Niezależnie od tego, co zostało powiedziane w poprzednich punktach, to na oferentach, którzy powołują się na zasoby innych podmiotów, ciąży wymóg dowiedzenia instytucji zamawiającej, że zasoby te rzeczywiście są im dostępne. Z tej perspektywy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 można postrzegać jako nakładający wymóg dowodowy, którego ocena jest pozostawiona instytucji zamawiającej. Zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające sprawdzają predyspozycje kandydatów lub oferentów zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 47-52 dyrektywy 2004/18. Innymi słowy, jak podkreśliły na rozprawie instytucja zamawiająca i rząd polski, instytucja zamawiająca jest związana obowiązkiem zapewnienia, że wybrany oferent jest rzeczywiście zdolny do prawidłowego wykonania zamówienia. 28. Celem przepisów dyrektywy 2004/18 odnoszących się do udziału osób trzecich w realizacji zamówień publicznych jest uniknięcie sytuacji, w której przedsiębiorstwo byłoby uprawnione do przyznania mu zamówienia pomimo okoliczności, że nie posiada środków niezbędnych do wykonania zamówienia. Stąd art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wyklucza możliwość, by instytucja zamawiająca stosowała czysto formalne podejście do przedstawianego przez oferenta dowodu, stosownie do ciężących na niej obowiązków. Innymi słowy, nie jest dopuszczalne, by oferenci powoływali się na zdolności podmiotu trzeciego, jeżeli ma to wyłącznie na celu formalne spełnienie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu przesłanki minimalnej zdolności.”

Wynika to z tego, że warunki kwalifikacji wykonawców nie mogą być postrzegane jedynie jako „sztuka dla sztuki”, którą uprawia się jedynie w trakcie procedury udzielania zamówienia, a nie mająca znaczenia dla późniejszej realizacji zamówienia, lecz mają na celu wyłonienie podmiotu (podmiotów) zdolnych do prawidłowego wykonania zamówienia, która to zdolność jest weryfikowana m.in. poprzez spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Nie można też traktować przepisów dotyczących zasobów podmiotów trzecich jako zezwalających na obejście innych przepisów ustawy (np. art. 22 i art. 24) i celu

31

weryfikacji wykonawców (wybór podmiotu, który chociaż w minimalnym, określonym warunkami, zakresie gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia). Poza tym nie można dopuścić do tego, by pod pozorem „otwarcia na konkurencję” wykonawców powołujących się

na zasoby innych podmiotów traktować lepiej niż wykonawców dysponujących własnym potencjałem, gdyż jest to sprzeczne z podstawową zasadą zamówień publicznych wyrażoną m.in. w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem owszem, dany wykonawca może korzystać z pomocy innego podmiotu lub podmiotów, ale w taki sposób i z takim skutkiem, jakby to był jego własny potencjał. Czyli po pierwsze – zamawiający musi być pewien, że efekt jego pracy będzie nie gorszy, niż wykonawcy posiadającego własne doświadczenie, a po drugie – że przedmiot zamówienia wykona podmiot posiadający wymagane doświadczenie, a nie podmiot, który dopiero jest ewentualnie gotowy się nauczyć w trakcie realizacji zamówienia (co mu się uda lub nie). Należy bowiem zwrócić uwagę, że gdyby zamawiający dopuszczał taką opcję, to stawianie warunku posiadania danego doświadczenia już przed rozpoczęciem realizacji zamówienia byłoby kompletnie pozbawione sensu. Skoro zaś zamawiający dane doświadczenie uznał za warunek konieczny powierzenia wykonawcy pracy, nie może zignorować jego braku. Byłoby to właśnie obejście przepisów. Z tego samego powodu nie można uznać za wystarczające wiedzy i doświadczenia wykonawcy innego niż to konkretnie wskazane w warunku – z punktu widzenia kwalifikacji wykonawcy do dalszego etapu postępowania jest ono zupełnie nieistotne, niezależnie od tego, jak szerokie by nie było (nie ma instytucji „doświadczenia równoważnego”). Co jest oczywiste, zamawiający musi przestrzegać reguł, które sam ustalił (por. np. wyrok Trybunału z 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 „zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości wymagają, by instytucja zamawiająca (...) przestrzegała kryteriów, które sama ustaliła”).

Jak wskazano powyżej, Trybunał wielokrotnie podkreślał konieczność realnego dysponowania wskazywanym potencjałem, jednak nie zdefiniował, na czym owa realność polega. Dokonano tego jednak w art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Wskazano tam, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Przepis ten wskazuje więc bezpośrednio na to, co w Polsce określa się powszechnie mianem „podwykonawstwa”, czyli wykonania danego zakresu prac zamiast wykonawcy i nie dopuszcza innych opcji jako „realne” dysponowanie/wykonanie. Rzecznik Generalny we wskazanej powyżej opinii

32

podkreśla, że pojęcie „podwykonawstwa” dotyczy etapu wykonania zamówienia – co jest oczywiste, gdyż cała istota sporu o realność udostępniania zasobów dotyczy właśnie wykonania zamówienia i na etapie postępowania mowa jest dopiero o (ewentualnym) przyszłym podwykonawstwie.

Zdaniem składu orzekającego również w niniejszym postępowaniu realne dysponowanie zasobami powinno nastąpić w postaci podwykonawstwa, czyli to podmiot, który deklaruje wiedzę i doświadczenie w danym zakresie, powinien wykonać ten zakres projektu, którego owo doświadczenie dotyczy. Ponieważ jednak skład orzekający nie chce obarczać wykonawców ani zamawiającego negatywnymi skutkami różnic w głoszonych w tym zakresie poglądach, uznaje, że nie jest konieczne nazwanie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jedynie „podwykonawstwem”, ale udział ten musi być realny. Oznacza to, że podmiot trzeci musi brać czynny i realny udział w wykonaniu danej części projektu (tej, dla której jego wiedza i doświadczenie były deklarowane), a więc co najmniej wykonawca i podmiot trzeci muszą stworzyć w tym zakresie zespół, a podmiot trzeci oficjalnie musi wziąć odpowiedzialność za konkretny, prawidłowy efekt prac – ze strony podmiotu trzeciego musi być to więc albo samodzielne wykonanie albo współwykonanie z wykonawcą wraz z nadzorem. Przy czym należy zwrócić uwagę, że istotą nadzoru jest to, że nadzorujący bierze odpowiedzialność za prawidłowy efekt nadzorowanych prac.

Niedopuszczalne i dyskwalifikujące wykonawcę jest więc stwierdzenie, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia. Tym samym w każdym wypadku wykonawca musi przedstawić żądane przez zamawiającego dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego wskazane w sekcji III.2.1) pkt A ppkt 12.

Jak wskazano powyżej, w zakresie dysponowania zasobami innych podmiotów niezwykle istotna jest kwestia udowodnienia zamawiającemu dysponowania deklarowanym potencjałem (wskazana m.in. w ww. opinii Rzecznika Generalnego). Zamawiający sam wskazał w ogłoszeniu, iż w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, wykonawca ma przedstawić co najmniej: zakres dostępnych zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia, charakter łączącego oba podmioty stosunku oraz zakres i okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Jest to zresztą powtórzenie przepisu § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia z 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. poz. 231).

33

Poprzez owe informacje wykonawca ma umożliwić zamawiającemu ocenę, czy planowana współpraca będzie rzeczywistym przeniesieniem doświadczenia, a więc – jak wskazano powyżej – jakie są szanse powodzenia przyszłej realizacji projektu oraz czy nie ma miejsce obejście wymogów warunku. Nie po to ustawodawca w przepisach wskazał wszystkie powyższe elementy, aby wykonawca kwitował całą współpracę lapidarnymi ogólnikami odnoszącymi się do „doradztwa, konsultacji i wymiany *know-how*” itp. (notabene: jaka może być wymiana *know-how* z wykonawcą, jeśli cała podstawa sporu wynika z tego, że wykonawca właśnie tego *know-how* nie ma, bo nie ma wiedzy i doświadczenia w tym zakresie). Ma to być więc raczej krótka „metodologia” wzajemnej współpracy.

Zatem, zdaniem Izby, przedstawione przez obu przystępujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH oraz wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. dokumenty, tzw. potocznie „zobowiązania”, są niewystarczające, a dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które powinny być złożone zgodnie z wymogiem ogłoszenia o zamówieniu, nie złożono. Zamawiający musi więc zwrócić się do przystępujących o przedstawienie ww. dokumentów, jak wskazano powyżej. Zamawiający dotychczas nie wzywał tych wykonawców w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia ww. dokumentów i nie wskazał wad przedstawionych „zobowiązań”. Pismami z 17 września 2015 r. wezwał jedynie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia kwestii polegania na zasobach wskazanych podmiotów. Nawet więc jeśli wykonawcy przedstawili jakieś dokumenty z własnej inicjatywy, a są one nieprawidłowe, zgodnie z przyjętymi przez Izbę zasadami, nie powinny być one brane pod uwagę, jakby nie zostały w ogóle złożone (jedynie w przypadku, gdyby były prawidłowe, zasady ekonomiki postępowania pozwalałyby na odstąpienie od ich żądania jedynie *pro forma*), zamawiający bowiem wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów co do zasady powinien wytknąć wady dokumentów już złożonych. Nawet jeśli zaś zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do uzupełnienia, czy też w sposób nieuprawniony zastąpił wezwania do uzupełnienia wezwaniem do wyjaśnień (Izba nie będzie tej kwestii rozstrząsać, gdyż nie jest to przedmiotem zarzutu), to nie można z tego faktu wywodzić skutków negatywnych dla wykonawcy, który w inny sposób przedstawia dokumenty w ramach uzupełnienia, a inny w ramach wyjaśnień wiedząc, że w razie błędu może spodziewać się innych skutków. Zresztą inne są też oczekiwania co do dokładności treści (żądania zamawiającego) wezwania do uzupełnienia i wezwania do wyjaśnień.

34

Na marginesie – zdarza się, że w niektórych przypadkach trudno jest rozróżnić konieczność wezwania do uzupełnienia od możliwości żądania wyjaśnień. Ogólną zasadą jest, że uzupełnienie powinno nastąpić wtedy, kiedy konieczna jest zmiana treści dokumentu ze względu na występujące w nim błędy i braki, a wyjaśnienia, gdy nie ma konieczności ingerowania w treść dokumentu, lecz potrzebne są dodatkowe informacje, których ten

dokument swoją treścią nie musi obejmować.

W zakresie zarzutu dotyczącego przedstawienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH nieprawidłowej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Nie było sporne, że wykonawca ten wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył informację z 11 czerwca 2015 r. Zapytanie na formularzu w punkcie 3. „Wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o podmiocie zbiorowym” brzmiało „Art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.)”. Na informacji tej przystawiono pieczęć Krajowego Rejestru Karnego z datą 11 czerwca 2015 r. i informacją: „Nie figuruje w kartotece nieletnich Krajowego Rejestru Karnego”.

Zamawiający, po stwierdzeniu tego błędu, pismem z 5 sierpnia 2015 r., wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Wykonawca uzupełnił go poprzez przedstawienie egzemplarza z przekreśloną powyższą pieczęcią oraz przystawioną nową pieczęcią z informacją „Nie figuruje w kartotece podmiotów zbiorowych Rejestru Karnego” oraz datą na pieczęci 11 czerwca 2015 r. Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, że błąd powstał na skutek omyłki urzędnika sądowego punktu informacji KRK, która po weryfikacji w dniu 11 czerwca 2015 r. przystawiła pieczętkę dotyczącą rejestru nieletnich, lecz w dacie tej zweryfikowała odpowiedni rejestr. Z związku z powyższym osoba ta była upoważniona do naniesienia poprawki na dokumencie. W trakcie rozprawy pełnomocnik wykonawcy dodał też, że niemożliwe było, by pracownik sądu weryfikował dane z kartoteki nieletnich, gdyż nie mógłby nawet wpisać imienia i nazwiska osoby, której dotyczyła żądana informacja. Oświadczył też, że błąd został zauważony jeszcze 11 czerwca 2015 r. i tego dnia poproszono o sprostowanie dokumentu.

Izba uznała wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH za przekonujące. Po pierwsze Izba zauważyła, że sama autentyczność dokumentu i dokonanej poprawki nie była kwestionowana – zarzut dotyczył jedynie tego, czy możliwe jest zaakceptowanie tak skorygowanego dokumentu biorąc pod uwagę datę jego przedstawienia zamawiającemu (sierpień 2015 r.) oraz wymóg, by dokument był wystawiony przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do

35

udziału w postępowaniu, który upłynął 30 czerwca 2015 r. Po drugie, specyficzny w stosunku do wystawiania innych zaświadczeń jest sposób udzielania informacji z Krajowego Rejestru Karnego – w postaci pieczęci „Nie figuruje w kartotece ... (tu nazwa kartoteki) Krajowego Rejestru Karnego” z datą na druku „Zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym” wypełnianym przez wnioskodawcę i oklejonym znakami opłaty sądowej – urzędnik punktu informacyjnego KRK co do zasady nie sporządza tu własnego zaświadczenia. Dlatego też zrozumiałe jest, że korekta dokumentu nastąpiła poprzez skreślenie nieprawidłowej pieczęci i przystawienie prawidłowej. Po trzecie – jeśli pracownik punktu informacyjnego KRK przystawił pieczęć z datą 11 czerwca 2015 r., a jest to pieczęć urzędowa, to nie ma podstaw, by tę datę kwestionować. Nawet gdyby została ona przystawiona w dacie późniejszej i była antydatowana – na co nie ma żadnych dowodów – to Izba podziela stanowisko wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH, że nieprawdopodobne jest, by sprawdzenie informacji w dniu 11 czerwca 2015 r. dotyczyło kartoteki nieletnich, właśnie z tego powodu, że nieprawdopodobne jest, by pracownik omyłkowo wpisał dane (nazwę) firmy w miejsce danych (imienia i nazwiska) osoby. Zatem pomyłona została jedynie pieczęć. Ze względu zaś na to, że ewidentnie jest to omyłka punktu informacji KRK, Izba nie widzi podstaw, by jej konsekwencje ponosił wykonawca. Wykonawca postąpił także poprawnie wyjaśniając całą sytuację zamawiającemu w piśmie z 18 sierpnia 2015 r., tak, aby zamawiający uzyskał wiedzę o stanie faktycznym związanym z błędem i korektą dokumentu. Tym samym, zdaniem Izby, zamawiający podjął prawidłową decyzję akceptując przedstawiony poprawiony dokument.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2262/15

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz

złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania zamawiającego z 31 lipca 2015 r., odpowiedzi wykonawcy na ww. wezwanie z 17 sierpnia 2015 r. nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez odwołującego w odwołaniu (nie był też kwestionowany przez zamawiającego ani przystępujących).

Izba ustaliła, że przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym a przystępującym – Rambøll Danmark A/S (zamawiający w uwzględniał odwołanie w całości) jest zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo niewykazania, zdaniem odwołującego, spełnienia

36

warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania osobami posiadającymi wymagane doświadczenie.

W zakresie braku dysponowania przez wykonawcę wymaganą przez zamawiającego wiedzą i doświadczeniem Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Jak wynika z sekcji III.2.1) pkt B ogłoszenia o zamówieniu wykonawca musiał wykazać, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał usługi polegające na zaprojektowaniu co najmniej jednej zbudowanej lub rozbudowanej i kompleksowo zmodernizowanej (technologicznie i technicznie) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, o wydajności nie mniejszej niż 200.000 Mg odpadów/rok, będącej na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, zrealizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne oraz co najmniej dwóch instalacji do automatycznego sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok, będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji.”

Podczas rozprawy nie było kwestionowane, że w ramach potwierdzenia spełnienia spornej części ww. warunku, tj. dwóch instalacji do automatycznego sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok, będących w fazie eksploatacji Rambøll Danmark A/S w przedstawionym wykazie powołał usługi dotyczące: 1. sortowni i kompostowni dla Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Wągrowcu oraz 2. instalacji mechaniczno-biologicznego unieszkodliwiania odpadów na składowisku odpadów w miejscowości Łęczycza dla Zakładu Zagospodarowania Odpadów Stargard Sp. z o.o. w Stargardzie Szczecińskim, obie wykonane przez podmiot trzeci – firmę HEKO H. K. – S. . Przystępujący nie powoływał też podczas rozprawy innych wykazanych w tym zakresie realizacji. W kolumnie „Sortownia odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok” dla obu realizacji wykonawca oświadczył „TAK”.

Zdaniem odwołującego z przedłożonych jednocześnie listów referencyjnych dotyczących tych usług (a także dokumentów złożonych podczas rozprawy) wynika jednak, że przedmiotowe usługi projektowe po pierwsze nie obejmowały wykonania „co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych dla danego przedsięwzięcia inwestycyjnego”, co było wymagane przez zamawiającego, a po drugie, że instalacje te nie spełniają wymogu minimalnej przepustowości odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej na poziomie 30.000 Mg/rok.

37

Na wstępie konieczne jest odniesienie się do kwestii formalnej poruszonej podczas rozprawy: powszechnie przyjęte jest w procedurze udzielania zamówień publicznych, że informacje wskazujące na spełnienie wszystkich wymogów składających się na dany warunek udziału w postępowaniu powinny być zawarte w przygotowanym przez wykonawcę wykazie wykonanych dostaw, usług lub robót budowlanych, natomiast rolą pozostałych dołączanych przez wykonawcę dokumentów, tzw. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia jest, jak sama nazwa wskazuje, potwierdzenie, że zostały one

prawidłowo wykonane. Tak wynika też brzmienia § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia z 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. poz. 231). I rzeczywiście tak jest w stanie, który można nazwać „podstawowym”. Jednak doświadczenie życiowe wskazuje, że różne przedkładane przez wykonawców dokumenty zawierają różne informacje – zarówno w zakresie węższym, jak i szerszym niż dany warunek i wymogi dotyczące przedstawiania dokumentów. Zatem niektóre informacje, które powinny znaleźć się w wykazie dostaw, usług, czy robót budowlanych, znajdują się w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, dane w obu tych rodzajach dokumentów mogą się pomiędzy sobą nakładać, uzupełniać lub być ze sobą sprzeczne. Dokumenty „potwierdzające należyte wykonanie zamówienia” mogą też wcale nie potwierdzać owego należytego wykonania albo nie potwierdzać (nie odnosić się w ogóle) akurat tego zakresu zamówienia, który powinny, czyli wskazanego w wykazie. Dlatego każdorazowo bada się treść postawionego warunku, treść wykazu oraz treść „dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia” (przy czym, należy podkreślić, jest to tylko nazwa rodzaju dokumentów wywodząca się od ich roli, a nie ocena konkretnych dokumentów złożonych w danym postępowaniu, podobnie jak druga popularnie używana nazwa „referencje” wcale nie oznacza słownikowego „listu polecającego”, czy „pisemnej opinii o osobie ubiegającej się o pracę”).

Nie ma wątpliwości, że zamawiający ocenia całość przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, mogąc wzajemnie uzupełniać informacje w nich zawarte (np. jeśli dane wynikają w „dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia”, to nie musi wzywać do uzupełnienia wykazu). Ale z drugiej strony, jeśli informacje zawarte w obu tych rodzajach dokumentów są niekompletne lub, co gorsza, sprzeczne albo wskazujące, że wykonawca postawionego warunku nie spełnia, nawet pomimo wyraźnej informacji zawartej w wykazie, zamawiający musi je zweryfikować. Może też zdarzyć się tak, że wykonawca bez takiego zamiaru lub celowo w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych przedstawi informacje wprowadzające w błąd co do spełniania warunku lub nieprawdziwe. W takim wypadku weryfikacja informacji jest tym bardziej konieczna, a zamawiający nie może tolerować stanu złożenia nieprawdziwych informacji. Nie bez powodu w ww. najnowszym

38

rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z 19 lutego 2013 r. (§ 1 ust. 5) ustawodawca usankcjonował istniejącą od wielu lat praktykę uzyskiwania informacji bezpośrednio od podmiotu, na rzecz którego zamówienie wykonano, w celu ich weryfikacji. Dotyczy to także sytuacji, w której wątpliwości co do zakresu i poprawności wykonanych czynności, prawdziwości informacji itd. powstaną w wyniku złożenia innych dokumentów, np. w ramach wyjaśnienia czy uzupełnienia, a także informacji uzyskanych od innych wykonawców. Art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszą się bowiem do stanów faktycznych, które zaistniały lub nie – nie można zatem uznać za udowodnione spełnienie warunku, jeśli przedstawiane dostawy, usługi lub roboty budowlane nie wyczerpują elementów postawionego warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, co zadeklarował wykonawca w wykazie. Wiadomo przy tym, że w procedurach zamówieniowych zdarza się często, iż różne realizacje, pomimo ich wykazywania przez wykonawców w wykazie dostaw, usług, robót budowlanych, nie spełniają warunków, zatem samo wpisanie danej realizacji do wykazu nie przesądza jeszcze o tym, że powinna być ona przez zamawiającego uznana za spełniającą warunek.

Co prawda zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że informacje te weryfikował u odbiorców usług (telefonicznie), ale wobec braku na tę okoliczność pisemnych dowodów, przy pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz uwzględnienia odwołania, które należy uznać za wycofanie się zamawiającego z dokonanej oceny wniosków, Izba nie mogła wziąć tej okoliczności pod uwagę.

W kwestii definicji pojęcia „zaprojektowanie lub kompleksowe zaprojektowanie” użytego w ogłoszeniu o zamówieniu, Izba stwierdziła, że zamawiający definicję tę rzeczywiście zawarł w punkcie C sekcji III.2.1) dotyczącym osób, choć prawdopodobnie miała być to informacja ogólna do obu punktów (B i C), znajdująca się na końcu wymogów co do

warunków, przed punktem D dotyczącym dokumentów, a ze względu na niezbyt zaawansowane formatowanie ogłoszenia, zabrakło wersu przerwy w tekście. Wskazuje na to informacja „każdorazowo, jeśli w ogłoszeniu użyto terminów” – ewidentnie odnosząca się w swojej treści do całości ogłoszenia (taki też swój zamiar zamawiający oświadczył podczas rozprawy). Jednak przesądzająca jest tu także, zdaniem Izby, ogólna zasada, że jeżeli w danym tekście wielokrotnie użyto tej samej nazwy lub tego samego pojęcia, to każdorazowo powinno się mu przypisywać to samo znaczenie i nie ma podstaw, by uznać, że w różnych miejscach było ono inne. Tym samym Izba uznała, że również w zakresie sekcji III.2.1) pkt B obowiązuje definicja, zgodnie z którą „zaprojektowanie lub kompleksowe

39

zaprojektowanie” oznacza wykonanie przez wykonawcę co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych dla danego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Co do odpowiedzi na pytanie 1. z 28 maja 2015 r. wskazującej, że określenie „dokumentacja projektowa” (również zdefiniowane w sekcji III.2.1) pkt C ogłoszenia o zamówieniu) na gruncie przedmiotowego postępowania oznacza również specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, program funkcjonalno-użytkowy, plany, rysunki lub inne dokumenty umożliwiające jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania Izba stwierdziła, że odpowiedź ta dotyczy definicji pojęcia „dokumentacja projektowa”, a nie pojęcia „zaprojektowanie/kompleksowe zaprojektowanie”, które zostało zdefiniowane osobno i wyłącznie jako projekt budowlany i projekty wykonawcze. Powyższe pojęcia zostały opisane w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129): dokumentacja projektowa w § 4 odpowiednio w ust. 1 dla robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę oraz w ust. 2 dla robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, a projekt budowlany i projekty wykonawcze w § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz w § 5 ww. rozporządzenia. Cała definicja została zmieniona zaś o tyle, że dołączono do niej (rozszerzono ją o) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (zdefiniowane w § 12 ww. rozporządzenia), które najczęściej towarzyszą ww. projektom oraz program funkcjonalno-użytkowy (§ 15 i nast. ww. rozporządzenia), choć dotyczy etapu planowania inwestycji wcześniejszego niż projektowanie.

Załączone przez Rambøll Danmark A/S do wykazu usług pisma o nazwie „Referencje” wystawione przez Zakład Zagospodarowania Odpadów Stargard Sp. z o.o. z 23 września 2013 r. oraz przez Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Wągrowcu z 13 marca 2014 r. zawierają dość szczegółowy opis wykonywanych prac, w szczególności pierwsze z nich – obejmuje on 1,5 strony. Z opisu tego wynika jednak, że dla składowiska odpadów w Łęczycy wykonano dokumentację hali sortowni odpadów komunalnych zmieszanych o wydajności 30.000 Mg/a (rok) na 1 zmianę roboczą lub 45.000 Mg/a/1,5 zmiany (zgodnie z warunkiem miała to być instalacja do automatycznego sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok). Podobnie dla składowiska w Wągrowcu stwierdzono, że „projektowana linia technologiczna sortowni posiada wydajność 30.000 Mg/a/zmianę dla przyjęcia odpadów komunalnych zmieszanych, maksymalna wydajność linii sortowniczej na jedną zmianę wynosi 35.000 Mg/a

40

(notabene zamówienie dotyczyło projektu zamiennego i Izba ma nadzieję, że zawarty opis dotyczy zakresu prac wykonywanych przez wskazywany podmiot).

Tak szerokie opisy wykonywanych prac, wskazujące nawet detale prac, jak np. „ogrodzenie wraz z bramką i furtką” pozwala wnioskować, że jeśli opis nie obejmuje bardziej istotnych elementów, to ich nie było. Wymaga to przynajmniej wyjaśnienia ze strony zamawiającego, co dokładnie wchodziło w zakres prac.

Co więcej, zgodnie z definicją zamawiającego, miały to być projekty budowlane i projekty wykonawcze. Ze stanowiska przystępującego wynikającego z pisma procesowego z 28

października 2015 r. (str. 3 akapit 1. i 2.) można wnioskować, że przynajmniej jedno opracowanie nie zawierało i projektu budowlanego, i projektów wykonawczych. Pojęcia „z mieszanych odpadów komunalnych” i „odpadów selektywnie zbieranych” mają swoje wyznaczniki na gruncie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) i przepisów wykonawczych do niej i, skoro nie zostały inaczej przez zamawiającego zdefiniowane, w taki sposób należy je interpretować. Owszem, co jest faktem powszechnie znanym, na terenie m.st. Warszawy selektywna zbiórka odpadów nie jest zbyt rozbudowana i nie każdy strumień odpadów jest zbierany oddzielnie, np. papier, plastik, metal (dlatego niewątpliwie zamawiający użył określenia odnoszącego się do mieszanych odpadów selektywnie zbieranych), do tego mogą być zanieczyszczone, lecz nie są to „odpady komunalne mieszane” (choć takie również są przez zamawiającego odbierane). Poza tym to nie zamawiający w przedstawionych referencjach odniósł się do „odpadów komunalnych mieszanych” i „odpadów komunalnych selektywnie zbieranych”, lecz ich wystawcy i wcale nie użyli oni określenia „odpadów komunalnych mieszanych pochodzących z selektywnej zbiórki”.

Z kolei dokumenty przedstawione przez wykonawców podczas postępowania odwoławczego, w połączeniu z dokumentami przedstawionymi podczas postępowania przetargowego, dają tak niejasny obraz sytuacji, że konieczne jest dokładne, ponowne zbadanie przez zamawiającego kwestii spełniania przez wykonawcę postawionego warunku ze szczególnym zwróceniem uwagi na każdy jego element, jak też pod kątem prawdziwości złożonych informacji (a raczej „byłoby”, gdyż wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego wykazu osób w zakresie pana R. i niemożności uzupełnienia tego wykazu, nie jest to celowe).

Zasadniczo kwestią proceduralną wynikającą z zaistniałego sporu nie jest to, że przedstawione dokumenty nie są kompletne, tj. Rambøll Danmark A/S zawarł w wykazie usług wymagane wzorem informacje (w kolumnie „Sortownia odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej o przepustowości 30.000 Mg/rok Tak/Nie” oświadczył „Tak”), zatem nie chodzi tu o brak tego dokumentu. Wystarczające byłoby więc sprawdzenie przez

41

zamawiającego ww. okoliczności. Zamawiający powinien tu skorzystać z wyjaśnień treści dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z jednoczesnym sprawdzeniem tych okoliczności u podmiotu zamawiającego usługę (§ 1 ust. 5 ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów...). W przypadku zaś, gdy stwierdzi, że realizacje te nie spełniają wymogów, wezwać do uzupełnienia dokumentów (chyba że stwierdzi zaistnienie okoliczności potwierdzających złożenie nieprawdziwych informacji). Zamawiający, pismem z 31 lipca 2015 r. wezwał do uzupełnienia dokumentów wyrażając wątpliwości co do tego, czy linie są liniami automatycznymi, należytego wykonania usługi dotyczącej składowiska w Wągrowcu (wykonawca to potwierdził przedstawiając nowy tekst pism „Referencje”) oraz sposobu potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Uzupełnienie to ani wyjaśnienia nie dotyczyły kwestii podniesionych w odwołaniu, nie stoi więc ono na przeszkodzie wezwaniu do uzupełnienia dokumentu w innym zakresie. Inną sprawą jest to, że zarzut niespełnienia przedmiotowego warunku dotyczy *de facto* niespełnienia go z powodu tego, że wskazane realizacje nie posiadały deklarowanego przez wykonawcę zakresu.

Przy czym Izba wychodzi z założenia, że jeśli wątpliwości co do spełniania warunku udziału w postępowaniu można w łatwy sposób powziąć z dokumentów przedstawionych zamawiającemu już na wstępie (tu: we wniosku), to co do zasady nie zarzuca się wykonawcy złożenia nieprawdziwych informacji (nie ma tu elementu wprowadzania zamawiającego w błąd), ale po prostu (ewentualnie) niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ma to znaczenie praktyczne o tyle, że na tej podstawie zamawiający określa, czy może/powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, czy też wykluczyć go z postępowania bez wezwania.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się częściowo. Podczas rozprawy odwołujący wycofał zarzuty wobec M. S. oraz C. H., spór dotyczy zatem osób B. L., H. R. i M. L. .

B. L. została wskazana na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. W stosunku do osoby wskazanej na to stanowisko zamawiający wymagał, aby posiadała ona wykształcenie wyższe techniczne, doświadczenie w sprawowaniu nadzorów autorskich, biegłą znajomość polskiego (lub wykonawca zapewnił tłumacza), uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne (dwie osoby), przy czym jedna z tych osób powinna legitymować się 10-letnim doświadczeniem zawodowym (nie starszym niż 10 lat od publikacji ogłoszenia) w zarządzaniu zespołem oraz opracowywaniu

42

dokumentacji projektowej, w tym koncepcji architektonicznych i w tym okresie opracowywać dokumentację projektową dla co najmniej dwóch infrastrukturalnych inwestycji budowlanych o charakterze przemysłowym, z czego jedną była instalacja termicznego przekształcania odpadów komunalnych itd., natomiast druga co najmniej 10-letnim doświadczeniem zawodowym (nie starszym niż 10 lat od publikacji ogłoszenia) w opracowywaniu dokumentacji projektowej, wykonanej zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi oraz wymaganymi przez przepisy prawa normami, w tym koncepcji architektonicznych i w tym okresie opracowywać dokumentację projektową dla co najmniej dwóch infrastrukturalnych inwestycji budowlanych o charakterze przemysłowym. Z przedstawionych opisów doświadczenia i realizacji wynika, że na ww. stanowisko przedstawiono M. S. i B. L. .

Odwolujący zarzucił B. L. brak wymaganego doświadczenia dotyczącego

10-letniego doświadczenia w opracowywaniu dokumentacji projektowej, w tym koncepcji

Zdaniem architektonicznych

(„koncepcji architektonicznych” zostało podkreślone).

odwołującego ani w pierwotnym, ani w nowym wykazie nie udowodniono posiadania wymaganego doświadczenia, a z udzielonych informacji wynika, że osoba ta w ogóle nie opracowywała koncepcji architektonicznej, ale przygotowywała dokumentację na potrzeby koncepcji, co nie równa się przygotowywaniu koncepcji.

Zdaniem Izby „doświadczenie w opracowywaniu” czy „opracowanie dokumentacji

itp. należy jako tej projektowej/koncepcji architektonicznej” rozumieć

„wykonanie

dokumentacji/koncepcji”, zresztą inne rozumienie nie miałoby sensu – zamawiający wymaga projektanta z doświadczeniem, który mu taką dokumentację wykona. Projektant (osoba) bez doświadczenia w zakresie postawionego wymogu jest mu nieprzydatny. Uwaga ta dotyczy również pozostałych osób.

Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 31 lipca 2015 r. wskazał, że opis posiadanego doświadczenia p. L. jest niezgodny z opisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, a niezgodność ta polega na braku informacji na temat posiadanego doświadczenia w zarządzaniu zespołem oraz w opracowywaniu dokumentacji projektowej zgodnej z wymaganymi przez przepisy prawa normami, w tym koncepcji architektonicznych. Doświadczenie wskazane przez wykonawcę nie precyzuje, czy osoba posiada co najmniej 10 lat doświadczenia (nie starszego niż 10 lat od publikacji ogłoszenia) w zarządzaniu zespołem oraz w opracowywaniu dokumentacji projektowej zgodnej z wymaganymi przez przepisy prawa normami, w tym koncepcji architektonicznych.

W uzupełnionym wykazie Rambøll Danmark A/S uzupełnił wcześniejsze informacje (właśnie owo wskazywane przez odwołującego opracowywanie założeń itd.) o doświadczenie

43

w zarządzaniu zespołem (co w ramach sporu jest nieistotne) oraz wskazał, że „B. L. ma ponad 10 lat nieprzerwanego doświadczenia (nie starszego niż 10 lat od publikacji ogłoszenia) w zarządzaniu zespołem oraz w opracowywaniu dokumentacji projektowej zgodnej z wymaganymi przez przepisy prawa normami, w tym koncepcji architektonicznych. Wykonawca przepisał więc wręcz dosłownie wymagania ogłoszenia. Ze względu zaś na to, że zamawiający nie wymagał bardziej szczegółowych informacji (oprócz wykonania dwóch dokumentacji projektowych dla inwestycji infrastrukturalnych, które nie były kwestionowane;

w kolumnie 4. dotyczącej poszczególnych przedsięwzięć również zawarto informację, że p. L. „pełniła funkcję projektanta”, „była projektantem”), a odwołujący nie postawił zarzutu co do nieprawdziwości owego oświadczenia, nie można stwierdzić, że wykonawca nie wykazał w tym zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

H. R. został wskazany na stanowisko projektanta ds. aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki.

Zgodnie z sekcją III.2.1 punkt C ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu osoba ta miała posiadać:

a) wykształcenie wyższe techniczne, b) co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (nie starszego niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w projektowaniu układów kontrolno-pomiarowych i automatyki i w tym okresie zaprojektować dokumentację dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych i kompleksowo zmodernizowanych obiektów (technologicznie i technicznie), będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, w tym co najmniej: - jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności co najmniej 150.000 Mg odpadów/rok oraz - jednej ciepłowni/elektrociepłowni o mocy nie mniejszej niż 30 MW energii cieplnej, lub oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 20.000 m³/dobę, c) biegłą znajomość języka polskiego w mowie i piśmie, d) uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane na podstawie przepisów Prawa budowlanego lub równoważne, e) doświadczenie w sprawowaniu nadzorów autorskich. Zdaniem odwołującego przystępujący nie wskazał informacji na temat posiadanego przez tę osobę doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy, gdyż z przedłożonych dokumentów wynika, że H. R. w zakresie projektów wykonawczych pełnił jedynie kontrolę nad ich opracowywaniem, a wskazanie w wykazie nadzoru i kontroli oznacza, że osoba ta nie wykonywała tych projektów.

Zamawiający w wezwaniu z 31 lipca 2015 r. wskazał, że opis wymaganego doświadczenia p. R. jest niezgodny z opisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż zamawiający

44

wymagał, aby osoba na to stanowisko posiadała co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (nie starszego niż 10 lat od publikacji ogłoszenia) w projektowaniu układów kontrolno-pomiarowych i automatyki i w tym okresie zaprojektowała dokumentację dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych i kompleksowo zmodernizowanych obiektów (technologicznie i technicznie), będących w fazie eksploatacji, w tym co najmniej (...). Według zamawiającego wykonawca nie wskazał jednej ciepłowni/elektrociepłowni o mocy nie mniejszej niż 30 MW energii cieplnej lub oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 20.000 m³/dobę oraz nie wykazał posiadania doświadczenia zawodowego nie starszego niż 10 lat od publikacji ogłoszenia.

Po wezwaniu zamawiającego przystępujący w kolumnie 3. wykazu do pierwotnego tekstu: „30 years doświadczenia zawodowego w zakresie projektowania systemów AKPiA, zarówno systemów podstawowych jak wykonawczych, opracowania specyfikacji przetargowych, kontraktowania, nadzoru i kontroli nad projektem wykonawczym oraz nad produkcją, budową, próbami i przekazaniem do eksploatacji zaprojektowanych systemów” zawierającego owe kwestionowane przez odwołującego, a niewystarczające „nadzór i kontrolę nad projektem wykonawczym” dodał informację: „H. R. ma ponad 10 lat doświadczenia zawodowego (nie starszego niż 10 lat od publikacji ogłoszenia) w projektowaniu aparatury pomiarowej i automatyki”. Zatem jak w przypadku B. L., przystępujący posłużył się w opisie wymaganiami – wymaganiami ogłoszenia o charakterze ogólnym. Ze względu zaś na to, że zamawiający w tym zakresie (w tej kolumnie) nie wymagał bardziej szczegółowych informacji, nie można stwierdzić, że wykonawca nie wykazał w tym zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednak w kolumnie 4. „Nazwa Przedsięwzięcia (projektu), wraz z lokalizacją, w którym osoba brała udział i nazwa pełnionego stanowiska” dotyczącej owych konkretnych wskazanych w warunku realizacji, wykonawca również wskazał, że p. R. sprawował „nadzór i kontrolę nad opracowaniem projektu wykonawczego” – dotyczy to realizacji Klementsruud i Vaasa, przy czym, o ile w zakresie instalacji energetycznego wykorzystania odpadów

wskazano na dwie realizacje przy wymaganej jednej (nie były one kwestionowane, więc Izba uznaje, że dotyczą instalacji termicznego przekształcania odpadów), a w zakresie realizacji w Sztokholmie wskazano, że p. R. pełnił funkcję projektanta, to w zakresie elektrociepłowni wskazano tylko jedną realizację – Vaasa. We wszystkich realizacjach, poza pierwszą, wskazano wprost, że p. R. pełnił nadzór i kontrolę lub kontrolę nad opracowaniem projektu wykonawczego z ramienia inwestora/zamawiającego. W związku z powyższym w oczywisty sposób nie mógł on wykonać tych projektów wykonawczych, które tym samym musiał wykonywać wykonawca. Z warunku zaś wynika jednoznacznie, że ma to być zaprojektowanie, czyli wykonanie projektu, a nie jakiegokolwiek udział w jego wykonaniu. O kwestii znaczenia określenia „zaprojektowanie” Izba wypowiedziała się już powyżej.

45

Zresztą w zakresie przepisów zagranicznych zamawiający wypowiedział się w definicji „dokumentacji projektowej” jako „co najmniej projektu budowlanego i projektów wykonawczych”, jeśli zaś nawet uwzględnić dodanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego, to nie ma o nich mowy w wykazie (nie wiadomo też, co konkretnie wchodziło w skład „specyfikacji przetargowej”), zamawiający zaś po braku informacji nie może domniemywać, że coś było przedmiotem usługi, ale być może zapomniano o tym napisać. Zresztą w postępowaniu odwoławczym nie podnoszono tej kwestii (specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego).

Zamawiający wzywał już Rambøll Danmark A/S do uzupełnienia wykazu dotyczącego pana R. w zakresie wykazania realizacji ciepłowni/elektrociepłowni lub oczyszczalni ścieków, której nie wykazano w pierwotnym wykazie. Zatem wykonawca w wykazie uzupełnionym powinien przedstawić już informacje kompletne i prawidłowe, czego nie zrobił. Tym samym nie może on już zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie. Wada ta nie może być także usunięta w drodze wyjaśnień, gdyż wymaga poprawienia wykazu (zmiany zawartych tam informacji, uzupełnienia go o dodatkowe informacje lub dodatkową osobę), samo żądanie wyjaśnień byłoby obejściem przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją tego stanu rzeczy musi być wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

M. L. został wskazany na stanowisko eksperta ds. oczyszczania spalin. Osoba ta powinna posiadać: a) „wykształcenie wyższe techniczne, b) co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (nie starsze niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w opracowywaniu dokumentacji projektowej, określającej technologię oczyszczania spalin odlotowych z procesu spalania odpadów komunalnych, która w tym okresie opracowała dokumentację projektową dla co najmniej dwóch zbudowanych lub rozbudowanych i kompleksowo zmodernizowanych (technologicznie i technicznie) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, o wydajności nie mniejszej niż 90.000 Mg odpadów/rok, będących na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w fazie eksploatacji, z czego jedna z przywołanych wyżej instalacji powinna być wyposażona w póluchy system oczyszczania spalin, c) biegłą znajomość języka polskiego w mowie i piśmie.

Zdaniem odwołującego dla M. L. brak jest informacji na temat posiadanego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy, gdyż, jak wynika z przedłożonych dokumentów, w zakresie projektów wykonawczych pełnił on jedynie „kontrolę nad opracowywaniem projektów wykonawczych”; w odniesieniu do tej osoby nie wykazano także wymaganego doświadczenia w zakresie co

46

najmniej 10-letniego doświadczenia zawodowego w opracowywaniu dokumentacji projektowej, określającej technologię oczyszczania spalin odlotowych z procesu spalania odpadów komunalnych.

W zakresie tej osoby przystępujący w kolumnie 3. uzupełnionego wykazu wskazał, że posiada ona 10-letnie doświadczenie zawodowe (nie starsze niż 10 lat od dnia publikacji ogłoszenia) w opracowywaniu dokumentacji projektowej, określającej technologię oczyszczania spalin odlotowych z procesu spalania odpadów komunalnych, zatem wykazał

tę ogólną część warunku.

Jednak w zakresie konkretnych realizacji zamawiający wskazał na opracowanie dwóch instalacji termicznego odpadów dokumentacji projektowej przekształcenia komunalnych. Przystępujący w wykazie (pierwszym i uzupełnionym) znów wskazał, analogicznie jak przy panu R., iż osoba ta „opracowała dokumentację projektową, specyfikację przetargową, uczestniczyła w negocjacjach z wykonawcami, sprawowała nadzór nad opracowaniem projektu wykonawczego i realizacją przez wykonawcę z imienia inwestora”, co oznacza, że nie wykonała co najmniej dokumentacji wykonawczej. Brak jest też informacji o wykonaniu specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych czy programu funkcjonalno-użytkowego. Jednak w zakresie tej osoby zamawiający w piśmie z 31 lipca 2015 r. wskazywał jedynie na brak informacji na temat posiadanego co najmniej 10-letniego doświadczenia w opracowywaniu dokumentacji projektowej, określającej technologię oczyszczania spalin odlotowych z procesu spalania odpadów komunalnych (brak sprecyzowania oraz brak doświadczenia nie starszego niż 10 lat). Informację tę wykonawca uzupełnił. Zamawiający odniósł się więc jedynie do doświadczenia „ogólnego” (z kolumny 3.), a nie wskazywał na zakres uzupełnienia dotyczący konkretnych projektów, chociaż wskazany opis widniał już w pierwszym wykazie. W tym przypadku uzupełnienie dokumentu byłoby więc możliwe.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

47

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając fakt, że w sprawie o sygn. akt KIO 2256/15 sprzeciw wniosło dwóch przystępujących, zatem koszty postępowania należało podzielić.

Przewodniczący:

48