

WYROK
z dnia 1 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa oraz
Acciona Infraestructuras S.A. Avenida de Europa 18, Parque Empresarial la Moraleja
28108 Alcobendas, region Madryt, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Bialskie Wodociągi i Kanalizację „WOD-KAN” Sp. z o.o.
ul. Narutowicza 35A, 21-500 Biała Podlaska,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budomex Sp. z o.o. ul. Brzeska 156, 21-500 Biała
Podlaska i Tugeb Polbud Sp. z o.o. ul. Kolejowa 7, Sławoszowice, 56-300 Milicz**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

1

-
- 2. kosztami postępowania obciąża Bialskie Wodociągi i Kanalizację „WOD-KAN” Sp. z o.o. ul. Narutowicza 35A, 21-500 Biała Podlaska i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa oraz Acciona Infraestructuras S.A. Avenida de Europa 18, Parque Empresarial la Moraleja 28108 Alcobendas, region Madryt, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Bialskich Wodociągów i Kanalizacji „WOD-KAN” Sp. z o.o. ul. Narutowicza 35A, 21-500 Biała Podlaska na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa oraz Acciona Infraestructuras S.A. Avenida de Europa 18, Parque Empresarial la Moraleja 28108 Alcobendas, region Madryt, Hiszpania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Bialskie Wodociągi i Kanalizacja „WOD-KAN” Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych

„Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów dla regionu Biała Podlaska”. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Zamówienie składa się z trzech zamówień częściowych, w tym nr 3 – „Projekt i budowa podstawowych segmentów technologicznych dla Przedsięwzięcia Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów dla regionu Biała Podlaska”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 marca 2011 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

20 maja 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. wniósł odwołanie dotyczące zamówienia częściowego nr 3 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budomex Sp. z o.o. i Tugeb Polbud Sp. z o.o.,
3. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budomex Sp. z o.o. i Tugeb Polbud Sp. z o.o. zwanych dalej „konsorcjum BUDOMEX”,
4. „oraz innych przepisów wymienionych w odwołaniu”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez konsorcjum BUDOMEX;
2. dokonania ponownej oceny i badania ofert, a w jej wyniku wykluczenia konsorcjum BUDOMEX z postępowania, alternatywnie wezwania konsorcjum BUDOMEX do złożenia

3

w wyznaczonym terminie stosownych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że:

1. zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.1.2 ppkt 3a tiret drugi) jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: projektu technologicznego i realizacji dostaw wyposażenia co najmniej jednej instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rok wraz z rozruchem (wymagane było, aby układ biologicznego przetwarzania biofrakcji był zrealizowany w technologii tożsamej lub zbliżonej do wymaganej specyfikacją – w technologii fermentacji suchej lub półsuchej). Usługa projektowa miała obejmować wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz wykonanie projektu wykonawczego. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający w pkt 7.1.8. specyfikacji zażądał przedłożenia przez wykonawcę wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Konsorcjum BUDOMEX wykazując spełnianie przedmiotowego warunku polegało na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tj. BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH z siedzibą w Langenau w Niemczech i załączyło dokument, w którym p. Hans D Dyrektor Zarządzający i właściciel firmy HWD Ingenieurbüro für Elektrotechnik potwierdza, iż wykonał planowanie, uruchomienie i serwis określonych instalacji, wskazując jednocześnie, iż był wyłącznym partnerem firmy BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH, jednak przedmiotowego dokumentu

nie można uznać za dokument potwierdzający, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Nie można uznać za dokument referencyjny własnego oświadczenia osoby reprezentującej określoną firmę, iż wykonała ona określone roboty. Tym bardziej, że osoba ta wskazała jedynie, iż była wyłącznym partnerem firmy rekomendującej się danym dokumentem, nie wynika z niego, iż BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH była wykonawcą danej instalacji czy też brała udział w jej realizacji, brak jest też dat jej realizacji oraz potwierdzenia, iż została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

4

2. BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH jako podmiot udostępniający swoje zasoby konsorcjum BUDOMEX oraz mający brać udział w realizacji zamówienia zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów, dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* oraz zgodnie z postanowieniem punktu 7.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązana była przedstawić dokumenty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, m.in. dokument potwierdzający nieorzeczenie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, a w przypadku niewydawania przedmiotowego dokumentu – oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę.

Konsorcjum BUDOMEX nie załączyło do oferty dokumentu potwierdzającego nieorzeczenie w stosunku do BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Powszechnie wiadome jest, iż przedmiotowy dokument jest wydawany w Republice Federalnej Niemiec przez Federalny Urząd Sprawiedliwości, tym samym niewłaściwe jest przedłożenie oświadczenia własnego w wyżej wymienionym zakresie. Samo oświadczenie zostało złożone również w nieprawidłowej formie, gdyż nie zostało złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę. Zatem konsorcjum BUDOMEX nie wykazało niepodlegania wykluczeniu z niniejszego postępowania BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH.

3. Zgodnie z doktryną i orzecznictwem dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób niezbity i nie pozostawiający wątpliwości spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, nie może to być pozostawione interpretacji zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych dokumentów.

Konsorcjum BUDOMEX nie potwierdziło spełniania warunków dysponowania potencjałem kadrowym w zakresie:

a) projektanta technologa, który powinien posiadać m.in. co najmniej 4-letnie doświadczenie w projektowaniu obiektów instalacji gospodarki odpadami – doświadczenie w projektowaniu (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego) obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia: co najmniej jednej zakończonej inwestycji w sektorze ochrony środowiska (gospodarka odpadami i/lub gospodarka wodnościekowa) i co najmniej jednej instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych w technologii fermentacji suchej lub półsuchej o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rok.

Z wykazu osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia w charakterze personelu kluczowego wynika, iż do pełnienia tej funkcji wskazano p. Hansa Fetzera. Z przedmiotowego

5

wykazu ani z żadnego innego dokumentu w ofercie nie wynika, iż p. Fetzer posiada doświadczenie w projektowaniu (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego). W wykazie wskazano doświadczenie tej osoby na stanowisku kierownika projektu, co nie oznacza udziału w projektowaniu określonych realizacji, również opis realizacji nie wskazuje, czy jego przedmiotem było przygotowanie dokumentacji projektowej, czy też budowa, przebudowa, modernizacja lub remont danej instalacji oraz nie wskazano przepustowości instalacji i czy są to instalacje w technologii suchej czy półsuchej fermentacji.

b) specjalisty ds. montażu i rozruchu linii technologicznej biologicznego przetwarzania odpadów, który powinien posiadać m.in. co najmniej 4-letnie doświadczenie w kierowaniu

montażem i rozruchem linii biologicznego przetwarzania odpadów, kierowaniu montażem i rozruchem minimum jednego układu beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych w technologii fermentacji suchej lub półsuchej o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rok.

Do pełnienia tej funkcji wskazano p. Gebharda B, lecz z wykazu ani innego dokumentu nie wynika, iż p. B posiada doświadczenie w kierowaniu montażem i rozruchem układu o parametrach wymaganych przez Zamawiającego (brak podania przepustowości oraz technologii).

Powyższe jednoznacznie wskazuje na niepotwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

4. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat projektu technologicznego i realizacji dostaw wyposażenia co najmniej jednej instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rok wraz z rozruchem w technologii fermentacji suchej lub półsuchej.

Konsorcjum BUDOMEX wykazując posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wyżej wskazanego warunku polegało na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu – BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH. W wykazie wykonanych robót budowlanych wskazano, iż firma BAL zaprojektowała, wybudowała i uruchomiła wraz z dostawami wyposażenia instalację biogazową o wydajności 10.000 Mg/rok w technologii suchej fermentacji dla biofrakcji ze zmieszanych odpadów komunalnych. Odbiorcą przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wykazem, jest Składowisko Dettendorf Powiat wiejski (Landkreis) Neustadt a.d. Aisch – Bad Windsheim. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż wykonawcą projektu przedmiotowej instalacji była firma Kausch Consult Joachim K, tym samym zachodzi prawdopodobieństwo przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konsorcjum BUDOMEX nie przedstawiło na potwierdzenie tego warunku żadnej innej realizacji. Tym samym Zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum BUDOMEX z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.

2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Ze względu na fakt, iż informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków, zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich, składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy, lecz takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy stwierdził, iż dokonał oceny złożonych przez Przystępującego dokumentów i w jego ocenie wykazane doświadczenie pana Fetzera i B wyczerpuje jego żądania. Zamawiający nie ma prawa badania prawdziwości oświadczeń, lecz opiera się na dokumentach przedłożonych przez wykonawców. Jego zdaniem zaświadczenie ze Starostwa Neustadt przedstawione przez Przystępującego poświadcza, iż firma pana D wykonywała wskazaną instalację biogazową. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie działając w dobrej wierze.

Pod nazwą instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych należy rozumieć następujące elementy: komorę żelbetową lub inny zbiornik, instalację wodną, biogazową, elektryczną, instalację cieczy technologicznej, AKPiA, ewentualnie taśmociągi, prasy, mieszała itd., natomiast wyposażeniem instalacji będą instalacje doprowadzające i odprowadzające, instalacja do fermentacji, również zbiornik, jeśli jest dostarczany, a nie budowany, automatyka i oprogramowanie, ewentualnie taśmociągi itp. elementy, jeśli występują. Według Zamawiającego przedstawione przez Przystępującego informacje potwierdzają, iż pan D posiada doświadczenie w zakresie wskazanym w pkt 3a tiret 2.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum BUDOMEX przedstawiając następującą argumentację.

Ad. 1 Zamawiający określając w punkcie 6.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki udziału w postępowaniu dla zamówienia częściowego nr 3 dotyczące wiedzy i doświadczenia postawił następujący warunek: a) „roboty budowlane wraz z projektowaniem polegające na budowie co najmniej jednego obiektu/inwestycji/zakładu produkcyjnego o wartości min. 15 mln zł netto, gdzie zakres robót zawierał co najmniej wykonanie hali

7

w konstrukcji stalowej, wykonanie budynku socjalnego, wykonanie dróg, placów, przyłączy.

Dodatkowo, wykonał: • Dostawę i/lub montaż co najmniej jednej linii segregacji odpadów komunalnych zmieszanych o przepustowości nie mniejszej niż 30.000 Mg/rok, • Projekt technologiczny i realizację dostaw wyposażenia co najmniej jednej instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rok wraz z rozruchem (...). Wskazując natomiast w punkcie 7.1.8), jakie dokumenty wykonawcy mają dostarczyć, wskazał „wykaz robót budowlanych (...) oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Mając na uwadze, że pojęcie „roboty budowlane” jest pojęciem zdefiniowanym w ustawie Prawo zamówień publicznych, a przedmiot niniejszego zamówienia i warunki udziału w postępowaniu obejmowały również świadczenie usług i wykonywanie dostaw, Przystępujący do postępowania przyjął, że nie jest on zobowiązany do przedstawienia referencji innych niż potwierdzających wykonanie robót budowlanych w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej. Tym bardziej, że zgodnie z rozporządzeniem *w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Skoro więc Zamawiający podał, że wymagany przez niego dokument ma potwierdzić wykonanie „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”, a przywołane rozporządzenie stawia inne wymagania dla dokumentu referencji przy usługach lub dostawach, to sam zasugerował, że wymóg ten odnosi wyłącznie do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, czyli tylko pierwszego z powołanych punktów z punktu 6.1.3.a).

Przystępujący załączył referencje dotyczące robót budowlanych, natomiast dokumenty odnoszące się do zapisów pkt 6.1.3. a) tiret pierwszy i drugi potraktował jako dokumenty mające wyłącznie charakter dodatkowy i niewymagalny.

Podobnie Przystępujący rozumiał zapis punktu 6.2.3., w którym wprost stwierdza się, iż wykonawca ubiegający się o zamówienie jedynie dodatkowo musi posiadać wiedzę i doświadczenie w wykonaniu dostawy linii segregacji odpadów komunalnych zmieszanych oraz w wykonaniu projektu technologicznego i realizacji dostawy instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji. Skoro wymóg ten został przez Zamawiającego określony jako „dodatkowy” i nie trzeba było wykazywać jego spełnienia w oparciu o dodatkowe dokumenty, Przystępujący jedynie oświadczył, że doświadczenie w zakresie wykonania projektu technologicznego i realizacji dostawy wyposażenia instalacji

8

biologicznego przetwarzania odpadów posiada podmiot, który zobowiązał się do współpracy z nim, którym jest firma BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH, zaś wskazaną w ofercie przykładową inwestycją, która spełnia wymagania w zakresie instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych, jest inwestycja realizowana dla Starostwa Neustadt nad Aisch polegająca na zaprojektowaniu i dostawie instalacji do fermentacji odpadów organicznych w Dettendorf. Przystępujący w ofercie nie oświadczył, iż wskazaną instalację zaprojektowała i zrealizowała jej dostawę firma BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH – przeciwnie, z załączonego oświadczenia wynika wprost, że czynności te wykonał p. Hans D prowadzący własne biuro projektowe – działalność gospodarczą pod firmą HWD-Ingenieurbüro für Elektrotechnik. Pan D jest

autorem koncepcji linii technologicznej instalacji do beztlenowego biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, które są obecnie projektowane, dostarczane i montowane przez BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH, który zawarł umowę na wyłączną współpracę oraz umowę o przekazaniu firmie BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH „know – how” oraz innych praw do projektu instalacji. W ramach tej umowy BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH uzyskała więc wszelkie prawa do koncepcji linii technologicznej, w tym również prawo do dysponowania wiedzą oraz doświadczeniem pana D w tym zakresie. Zatem Przystępujący przedstawił w ofercie jako podmiot dysponujący wiedzą i doświadczeniem firmę BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH, która jest, zgodnie z zawartymi umowami, dysponentem wiedzy i doświadczenia pana D.

W ramach tej kooperacji BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH zdobywa także własne doświadczenia, np. w ramach realizacji inwestycji polegającej na budowie w Langenau instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych, w której rocznie przetwarzanych jest w procesie fermentacji suchej ok. 12.000 Mg odpadów, zatem zdobyła wiedzę i doświadczenie opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym Przystępujący wykazał w sposób prawidłowy, iż dysponuje podmiotem posiadającym odpowiednią wiedzę i doświadczenie, zaś nieścisłości mają taki charakter, że Zamawiający mógłby je usunąć w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 2 Dokument wydawany przez Federalny Urząd Sprawiedliwości nie jest dokumentem potwierdzającym, że wobec wykonawcy mającego siedzibę w Niemczech nie zachodzi podstawa do wykluczenia go z postępowania określona przepisem art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zakresem informacji nie odpowiada uzyskiwanej z polskiego KRK, dlatego dopuszczalne jest złożenie stosownego oświadczenia złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. § 149 ustawy

9

o prowadzeniu działalności gospodarczej (GewO) wskazuje, jakiego rodzaju informacje wpisywane są do rejestru i brak w nim informacji określonych zakresem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Federalny Urząd Sprawiedliwości jest w Niemczech organem rejestrowym, który odnotowuje decyzje o charakterze administracyjnym, jak zgoda na prowadzenie określonej działalności lub przedsięwzięcia gospodarczego, koncesje oraz utraty kwalifikacji do prowadzenia obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją, cofnięcie zezwolenia na kształcenie dzieci i młodzieży oraz zatrudnianie w celu przyuczenia do zawodu, odnotowywanie orzeczeń wydanych wobec zarządcy lub pełnomocnika podmiotu gospodarczego za wykroczenia, za które orzeczono karę powyżej 200 euro, za czyny popełnione w związku z działalnością gospodarczą (bez określenia, o jakie czyny chodzi), z wyłączeniem wykroczeń drogowych. Rejestracji podlegają także skazania za przestępstwa przewidziane w ustawie z dnia 3 lutego 1995 roku o pracy przymusowej, ustawie o zwalczaniu nielegalnego zatrudnienia z dnia 23 lipca 2004 roku oraz z art. 266 a kodeksu karnego, penalizującego uporczywe niepłacenie wynagrodzeń przez pracodawcę oraz składek na ubezpieczenie społeczne, jeśli orzeczona kara przekracza 3 miesiące pozbawienia wolności lub 90 stawek dziennych grzywny. Poza ww. przestępstwami w rejestrze odnotowuje się wyłącznie wykroczenia. Poza tym prawu niemieckiemu nie jest znana odpowiedzialność podmiotu zbiorowego w kategoriach zbieżnych z ustawą polską, co wyłącza przydatność tych zaświadczeń.

Zatem Przystępujący uprawniony był do potwierdzenia, iż wobec BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne poprzez złożenie oświadczenia przez osoby reprezentujące tę spółkę. Nie zostało ono złożone przed podmiotami wskazanymi w rozporządzeniu, co jednak nie może skutkować wykluczeniem Przystępującego, gdyż nie był on dotychczas wezwany do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 3 Opisując poszczególne instalacje, w których projektowaniu brał udział pan Fetzer, Przystępujący podawał podstawowe parametry tych instalacji, z których wynika, iż podane instalacje biogazowe realizowane były w tożsamej do wymaganej przez Zamawiającego technologii suchej – zbiornik perkolatu jest stosowany tylko w tego typu instalacjach, natomiast wydajność (przepustowość) wynika w sposób pośredni z mocy elektrycznej

instalacji biogazowej.

Nazwa stanowiska, na którym zatrudniony jest pan Fetzer, wskazanego w spornym wykazie, wynika ze struktury organizacyjnej firmy BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH, która udostępnia tego pracownika. Pan Fetzer, będąc kierownikiem poszczególnych projektów, jednocześnie każdorazowo jest członkiem zespołu projektowego, zatem jego doświadczenie nie sprowadza się tylko do zarządzania, ale obejmuje również projektowanie.

10

Przystępujący wskazał też, iż pan Fetzer nie jest jedyną pozostającą w jego dyspozycji osobą spełniającą wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Analogicznie w przypadku pana B Przystępujący w wykazie nie wpisał informacji o przepustowości instalacji ani nie wskazał, czy dane zadanie obejmowało remont, budowę, czy modernizację instalacji, ponieważ obowiązek taki nie wynikał wprost z postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opisuując instalacje Przystępujący podawał podstawowe parametry tych instalacji, z których wynika, iż realizowane były w tożsamej do wymaganej przez Zamawiającego technologii suchej – zbiornik perkolatu jest stosowany tylko w tego typu instalacjach, a wydajność (przepustowość) wynika w sposób pośredni z mocy elektrycznej instalacji biogazowej. Wymóg „kierowania montażem i rozruchem minimum jednego układu beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych w technologii fermentacji suchej lub półsuchej o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rocznie” spełnia m. in. instalacja wybudowana w Langenau, w której rocznie przetwarzanych jest w procesie fermentacji suchej ok. 12.000 Mg odpadów. Przystępujący wskazał też, iż pan B nie jest jedyną osobą, która pozostaje w jego dyspozycji spełniającą ww. wymogi.

Zdaniem Przystępującego wskazane przez Odwołującego wątpliwości nie mogą skutkować wykluczeniem go z postępowania, lecz Zamawiający powinien ewentualnie dokumenty wyjaśnić lub uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 4 Odwołujący w oparciu o oświadczenie złożone przez pana Joachima K stawia Przystępującemu zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania polegających na oświadczeniu, iż BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH realizowała inwestycję budowy instalacji do fermentacji odpadów organicznych w Dettendorf na rzecz Starostwa Neustadt nad Aisch.

Przystępujący nie oświadczył w swojej ofercie, iż firma BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH była projektantem czy wykonawcą wskazanej instalacji – przeciwnie, z oświadczenia zawartego na str. 54 oferty wynika wprost, iż prace, o których mowa, wykonał pan Hans D. Przystępujący oświadczył jedynie, iż dysponuje zobowiązaniem do udostępnienia wiedzy i doświadczenia złożonym przez BAL Biogasanlagenbau Langenau GmbH, która jest wyłącznym partnerem pana Hansa D i posługuje się jego osobą przy wykonywaniu zamówień, a zatem korzysta także z jego wiedzy i doświadczenia. Oświadczenia złożone przez Przystępującego nie zawierają więc informacji nieprawdziwych, bowiem zgodnie z oświadczeniem z 14 kwietnia 2011 r. złożonym przez przedstawiciela władz Starostwa Neustadt nad Aisch – Bad Windsheim to biuro projektowe pana Hansa D – HWD – Ingenieurbüro für Elektrotechnik wykonało sporne zamówienie, zatem prawdziwość oświadczenia pana K w zakresie autorstwa projektu technologicznego linii musi budzić pewne wątpliwości. Również zarzut złożenia nieprawdziwych informacji jest chybiony,

11

Odwołujący nie wykazał bowiem, iż informacje zawarte w ofercie Przystępującego były nieprawdziwe, chociaż to na nim spoczywał ciężar udowodnienia tej okoliczności. W świetle oświadczeń Przystępującego do postępowania zawartych w ofercie i w świetle oświadczenia złożonego przez inwestora, oświadczenie pana K uznać należy za dowód niewystarczający.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy oraz przedłożonych dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu 1. Izba stwierdziła, iż wymagania zamawiającego odnośnie doświadczenia wykonawców dla zadania częściowego nr 3 zostały opisane następująco: „wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...)

3) Zamówienie Częściowe nr 3 (...)

a) roboty budowlane wraz z projektowaniem polegające na budowie co najmniej jednego obiektu/inwestycji/zakładu produkcyjnego o wartości min. 15 mln zł netto, gdzie zakres robót zawierał co najmniej: wykonanie hali w konstrukcji stalowej, wykonanie budynku socjalnego, wykonanie dróg, placów, przyłączy.

Dodatkowo, wykonał:

- dostawę i/lub montaż co najmniej jednej linii segregacji odpadów komunalnych zmieszanych o przepustowości nie mniejszej niż 30.000 Mg/rok
- projekt technologiczny i realizację dostaw wyposażenia co najmniej jednej instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 10.000 Mg/rok wraz z rozruchem (wymagane jest, aby układ biologicznego przetwarzania biofrakcji był zrealizowany w technologii tożsamej lub zbliżonej do wymaganej w niniejszej SIWZ – w technologii fermentacji suchej lub półsuchej)

Usługa projektowa, o której mowa powyżej musi obejmować:

- wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz • wykonanie projektu wykonawczego

12

Do oferty należy załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone i zostały wykonane należyście.”

W rozdziale dotyczącym wymaganych dokumentów Zamawiający wskazał, że należy przedstawić „wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie), sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 (załącznik 4a – jeżeli dotyczy) do niniejszego IDW”. W oparciu o powyższe brzmienie oraz układ graficzny warunku Izba stwierdziła, iż nie ma podstaw do uznania, że część warunku oznaczona jako „dodatkowa”, jest jednocześnie fakultatywna, zatem wykonawcy muszą posiadać doświadczenie w pełnym opisanym zakresie.

Jednocześnie nie oznacza to, że, jak wskazał Odwołujący podczas rozprawy, wszystkie części warunku musiały być wykonane w ramach jednych robót budowlanych, na zasadzie „projektuj i buduj”. Oprócz tego, że nie wynika to z samego brzmienia warunku – brak np. wskazania „w tym”, to również sam zakres wymaganego doświadczenia budowlanego, tj. wykonania obiektu/inwestycji/zakładu produkcyjnego, w tym wykonanie hali w konstrukcji stalowej, wykonanie budynku socjalnego, wykonanie dróg, placów i przyłączy wskazuje na to, iż obiekt ten nie musiał wiązać się z gospodarką odpadami, tym samym nie musiało czy wręcz nie mogło w nim być wymienionych linii technologicznych.

Z ustaleń dokonanych podczas rozprawy wynika także, że sporna dostawa wyposażenia instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych wraz z rozruchem nie stanowi robót budowlanych, przynajmniej w przypadku, gdy zbiornik na odpady został dostarczony gotowy, a nie był budowany. Co do wykonania projektu nie ma wątpliwości, że nie stanowi on robót budowlanych.

Zamawiający, sporządzając specyfikację istotnych warunków zamówienia, prawdopodobnie nie zwrócił na tę okoliczność uwagi i zakwalifikował całość warunku jako roboty budowlane z pięcioletnim okresem wykonania (w pozostałych dwóch częściach warunek dotyczył wyłącznie robót budowlanych), dlatego nie zażądał wykazu dostaw i usług oraz dokumentów

potwierdzających ich należyte wykonanie.

Tym samym w niniejszym postępowaniu faktycznie doszło do sytuacji, w której Zamawiający, chociaż żądał doświadczenia w wykonaniu obiektu budowlanego, linii segregacji odpadów komunalnych zmieszanych oraz projektu i dostaw wyposażenia instalacji beztlenowego

13

biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych, wymagał udokumentowania jedynie wykonania robót budowlanych. Przy tym z ww. powodu wykonawcy nie byli związani trzyletnim terminem wykonania dostaw/usług. Co oczywiście nie oznacza, że wykonawcy nie mogli z własnej inicjatywy przedstawić wykazu i referencji również w tym zakresie lub że są one nieważne lub nieistotne (co ma znaczenie dla zarzutu 4.)

Jednak rzeczywiście przy takim sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie ma podstaw do wymagania lub żądania uzupełnienia dokumentu w spornym zakresie.

Z uwagi na powyższe zarzut ten Izba uznała za niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu 2. dotyczącego nieprawidłowego złożenia dokumentu BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH w zakresie podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co zresztą nie było sporne, że dokument został złożony w sposób nieprawidłowy, a Zamawiający nie wezwał do jego uzupełnienia. W tym zakresie zarzut się potwierdził. Biorąc jednak pod uwagę, że:

1. z § 4 rozporządzenia *w sprawie rodzajów, dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* nie wynika, jaki dokument ma być złożony w przypadku krajów, w których dany organ rejestrowy wprawdzie istnieje i wydaje zaświadczenia, lecz nie odpowiadają one zakresem zaświadczeniom polskiego Krajowego Rejestru Karnego,
2. a w orzecznictwie i piśmiennictwie pojawiają się dwa odmienne poglądy – iż należy honorować zaświadczenia oraz iż należy przedstawić oświadczenie złożone przed notariuszem (albo innym z wymienionych organów) – i sporu tego nie rozstrzygnięto, niesłuszne byłoby obciążanie tym faktem wykonawców czy zamawiających i zarzucanie im naruszenia ww. przepisu w razie złożenia czy to urzędowego zaświadczenia, czy to oświadczenia złożonego przed notariuszem (albo innym wskazanym w rozporządzeniu organem).

W odniesieniu do zarzutu 3. dotyczącego niewykazania spełnienia warunku dotyczącego wskazanych specjalistów, Izba uznała, iż na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie spełnia tego warunku. Co prawda bezsporne jest, że Przystępujący w opisie doświadczenia nie odniósł się *expressis verbis* do parametrów wymienionych przez Zamawiającego w warunku, jednak zdaniem Przystępującego z istniejącego opisu można je wywieść, natomiast według Zamawiającego opis ten jest wystarczający. W przeciwnym razie nie ma jednak przeszkód, by Zamawiający złożone dokumenty wyjaśnił lub uzupełnił.

14

W odniesieniu do zarzutu 4. dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Przystępujący w wykazie wykonanych robót budowlanych w poz. 3., w kolumnie „Wykonawca (nazwa, adres, dane do kontaktu)” wskazał BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH jako wykonawcę instalacji biogazowej o wydajności 10.000 Mg/rok dla Składowiska Dettendorf powiat wiejski Neustadt nad Aisch w roku 2006 – 2007. W opisie prac wskazał zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie wraz z dostawami wyposażenia instalacji biogazowej w technologii suchej fermentacji dla biofrakcji ze zmieszanych odpadów komunalnych.

Z ustalonych okoliczności wynika jednak, że to nie BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH wykonywała prace na wymienionej inwestycji, lecz pan Hans D prowadzący biuro projektowe HWD – Ingenieurbüro für Elektrotechnik, czyli zupełnie odrębny przedsiębiorca i nie zmienia tego nawet fakt ich ścisłej współpracy, gdyż, pomijając nawet, że pan D

wskazane prace wykonywał w latach 2006 – 2007, a według przedstawionej umowy współpraca obu podmiotów datuje się od czerwca 2009 r., z powodu owej współpracy BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH nie uzyskał przeszłego doświadczenia pana D w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sytuacja taka – „przejęcia” doświadczenia innego podmiotu – mogłaby mieć miejsce np. przy połączeniu spółek.

Jakkolwiek by bowiem nie wykazywać liberalnego podejścia do art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można tego przepisu w żadnym przypadku odczytywać w ten sposób, że pomiot trzeci może powołać się i „oferować” doświadczenie nie własne, lecz jeszcze innego podmiotu – „czwartego”. Wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, są cechami danego wykonawcy/podmiotu (przedsiębiorcy, osoby prawnej lub fizycznej albo innej jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej) i należy je odróżnić od wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dysponowania potencjałem kadrowym, za które można uznać „dysponowanie” panem D i jego wiedzą i doświadczeniem.

W przeciwnym razie równie dobrze można by było uznać, że gdyby pracownik lub współpracownik Mostostalu Warszawa S.A. przeszedł do P.W. Budomex Sp. z o.o., to P.W. Budomex, mając tak doświadczonego pracownika, może się legitymować doświadczeniem Mostostalu.

Powyższego nie zmienia przedstawione na stronie 54. i 55. oświadczenie pana D, z którego co prawda wynika, że to on wykonał planowanie, doradztwo w dostawach, uruchomienie i serwis instalacji fermentacji bioodpadów dla Starostwa w Neustadt „jako wyłączny partner BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH”, gdyż sugeruje, a przynajmniej

15

nie zaprzecza, że BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH również brała udział w tej inwestycji – jako partner pana D, np. w stosunku podwykonawca – wykonawca.

Poza tym wykonawcy przedstawiając wykaz wykonanych prac i pozostałe dokumenty, składają je w konkretnym celu – wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i trudno wymagać od Zamawiającego, aby analizował w nich każde słowo oceniając, czy nie tkwi w nich jakiś „podstęp”, jak to robi Izba rozstrzygając spór.

Dodatkowo z przedstawionych dokumentów – oświadczeń Starostwa Neustadt z 14 kwietnia 2011 r. (przedstawionego przez Przystępującego) i z 19 maja 2011 r. (przedstawionego przez Odwołującego) oraz oświadczeń pana K (przedstawionego przez Odwołującego) wynika, że pan D nie wykonywał całości projektu, dostawy i rozruchu instalacji beztlenowego biologicznego przetwarzania biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych, lecz jedynie jej części dotyczącej automatyki – w oświadczeniu pana K zostało to nazwane „szafą sterowniczą”, a w oświadczeniu Starostwa Neustadt z 14 kwietnia 2011 r. „EMSR” – ustalono, że to niemiecki skrót odpowiadający polskiemu skrótowi AKPiA. Z oświadczenia Starostwa Neustadt z 19 maja 2011 r. wynika także, iż pan K zaprojektował zakład fermentacji w Dettendorf na zlecenie Starostwa Neustadt, a z jego oświadczenia, że korespondencję z Mostostal Warszawa S.A. prowadzi na prośbę Starostwa Neustadt. Dodatkowo zarówno Starostwo Neustadt, jak i pan K potwierdziły, że BAL Biogasaniagenbau Langenau GmbH nie brała udziału w realizacji przedmiotowej inwestycji. warto również zwrócić uwagę, że w przedmiotowym oświadczeniu pana D stwierdza on jedynie, iż wykonywał „doradztwo w dostawach”, cokolwiek to oznacza, a nie same dostawy.

Tym samym Izba uznała, że Przystępujący złożył Zamawiającemu nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu, a więc mające wpływ na wynik postępowania, przy czym w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji nie stosuje się art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie można sanować zaistniałej sytuacji. Izba uznaje ten pogląd za słuszny – i to nie tylko biorąc pod uwagę treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale też fakt, iż zamawiający oceniają wykonawców i ich oferty głównie lub wyłącznie na podstawie złożonych dokumentów, dlatego niezwykle istotne jest, aby mogli mieć zaufanie, że zawierają one wyłącznie prawdziwe informacje.

Ponieważ odwołanie dotyczy okoliczności mogących mających wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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. 2 pkt

16

2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.
*w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów
w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

17