

Sygn. akt: KIO 33/13
Sygn. akt: KIO 39/13
Sygn. akt: KIO 87/13
Sygn. akt: KIO 90/13

WYROK
z dnia 05.02.2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **29.01.2013 r.**, **31.01.2013 r.**,
odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **07.01.2013 r.** przez wykonawcę **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** (sygn. akt: KIO 33/13)
- B. w dniu **07.01.2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa** (sygn. akt: KIO 39/13)
- C. w dniu **14.01.2013 r.** przez wykonawcę **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** (sygn. akt: KIO 87/13)
- D. w dniu **14.01.2013 r.** przez wykonawcę **Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa** (sygn. akt: KIO 90/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stalowa Wola, Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola**

przy udziale:

- A. wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 33/13** po stronie zamawiającego
- B. wykonawców **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa; CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 39/13** po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 87/13** po stronie odwołującego oraz wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 87/13** po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 90/13** po stronie odwołującego oraz wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 90/13** po stronie zamawiającego

orzeka:

1 A, B, C i D. Uwzględnia odwołania wniesione przez Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (sygn. akt: KIO 33/13 oraz sygn. akt: KIO 87/13); jak i Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa (sygn. akt: KIO 39/13 oraz sygn. akt: KIO 90/13) i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia

2

dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z dnia 28.12.2012 r. wobec obu Odwołujących, nadto nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.01.2013 r. oraz czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu w/w Wykonawców i odrzucenia ich ofert, jak również nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert obu Odwołujących,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Stalowa Wola, Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **80 000 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa; Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Gminy Stalowa Wola, Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola** kwotę **83 600 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

B. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3

C. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

D. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....
Członkowie:
.....
.....

4

Sygn. akt: KIO 33/13
Sygn. akt: KIO 39/13
Sygn. akt: KIO 87/13
Sygn. akt: KIO 90/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli*” (nr sprawy: PN/23/2012), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 209-343861 z dnia 30.10.2012 r. przez Gminę Stalowa Wola - Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 28.12.2012 r. (faxem) *Zamawiający* wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty we wskazanym zakresie Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa zwany dalej: „*Mostostal Warszawa SA*” albo „*Odwolującym w sprawie KIO 33/13*” albo „*Odwolującym w sprawie KIO 87/13*” albo „*Przystępującym w sprawie KIO 39/13 po str. Zamawiającego, a w sprawie KIO 90/13 po str. Odwołującego*” oraz Konsorcjum firm: 1) Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) AWBUD SA; 3) MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. z adresem na rzecz lidera: ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Comsa Emte*” albo „*Odwolującym w sprawie KIO 39/13*” albo „*Odwolującym w sprawie KIO 90/13*” albo „*Przystępującym w sprawie KIO 87/13 po str. Odwołującego*”.

W dniu 04.01.2013 r. *Zamawiający* dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków zwana dalej: „*CONTROL PROCESS S.A.*” albo „*Przystępującym w sprawie KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 90/13 po str. Zamawiającego*” oraz wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Mostostal Warszawa SA oraz Konsorcjum Comsa Emte, a w konsekwencji odrzucenia obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Nadto, oferta Konsorcjum firm: 1) Warbud SA (Lider); 2) Vinci Environnement SAS; 3) Vinci Environnement Polska Sp. z o.o. z adresem na rzecz lidera: al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa zwana dalej: „*Konsorcjum Warbud*” została sklasyfikowana jako druga po ofercie uznanej za najkorzystniejszą.

1

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 – Mostostal Warszawa SA:

W dniu 07.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mostostal Warszawa SA wniósł odwołanie na wezwanie z 28.12.2012 r. Kopie odwołania *Zamawiający* otrzymał w dniu 07.01.2013 r. (faxem i e-mialem). Zarzucił *Zamawiającemu* naruszenie:

1) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 i art. 46 ust. 4a Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne wezwanie *Odwolującego* do uzupełnienia dokumentów, które zostały złożone w ofercie, co w konsekwencji może prowadzić do wykluczenia *Odwolującego* w zw. z niepotwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty i nieuzasadnionego zatrzymania złożonego przez *Odwolującego* wadium w postępowaniu;

2) art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać *zamawiający* od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817, zwanego dalej: „*Rozporządzeniem*”, poprzez nieuwzględnienie jako zgodnych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej: „*SIWZ*” złożonych w ofercie *Odwolującego* dokumentów wydanych przez właściwy organ hiszpański w zakresie dotyczącym niekaralności członka

Zarządu Mostostal Warszawa S.A. – p. M..... A..... H..... L..... zamieszkałego w Hiszpanii oraz niekaralności mającego siedzibę w Hiszpanii podmiotu udostępniającego potencjał (Acciona Infraestructuras S.A.), potwierdzającego brak orzeczenia wobec tej spółki zakazu ubiegania się o zamówienia, co może prowadzić do niepotwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty;

3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z możliwością nieuzasadnionego zatrzymania wadium za rzekome niedokonanie uzupełnienia dokumentów i rzekome niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

4) oraz innych przepisów ujętych w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów;
- 2) unieważnienie wszelkich dalszych czynności Zamawiającego będących konsekwencją dokonanego bezprawnie wezwania, o którym mowa w punkcie poprzednim, a mogących mieć wpływ na ewentualne wykluczenie Wykonawcy i wynik prowadzonego postępowania.

Wskazał, że Zamawiający w dniu 28.12.2012 r. wezwał Wykonawcę (kopia pisma Zamawiającego - w załączeniu do odwołania) w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia

2

oświadczeń i dokumentów dotyczących aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego zwanej dalej: „KRK” w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, potwierdzających niekaralność p. M..... A..... H..... L....., będącego członkiem Zarządu Mostostal Warszawa S.A. oraz do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia wobec Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Hiszpanii jako podmiotu udostępniającego potencjał. Na odpowiedź Zamawiający wyznaczył termin do dnia 04.01.2013 r., do godz. 12.00. Dla Odwołującego przedmiotowe wezwanie było całkowicie nieuzasadnione, bowiem wszystkie wymienione w wezwaniu dokumenty znajdowały się w złożonej ofercie. Stąd działając w dobrej wierze Odwołujący w dniu 03.01.2013 r. udzielił Zamawiającemu pisemnej odpowiedzi (kopia pisma Wykonawcy - w załączeniu), w której wskazał na bezzasadność wezwania do złożenia dokumentów w trybie dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem w złożonej przez niego ofercie znajdowały się wszystkie kwestionowane przez Zamawiającego dokumenty. Odnosząc się do części wezwania dotyczącej rzekomego braku dokumentu dla p. M..... A..... H..... L....., będącego członkiem Zarządu Mostostal Warszawa S.A., Wykonawca wyjaśnił, że osoba ta ma miejsce zamieszkania w Hiszpanii, a zatem zgodnie z przepisami § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia oraz wymogami pkt E.2 cz. VI SIWZ, winno się dla niej przedstawić dokument wystawiony przez właściwy hiszpański organ, którym w tym przypadku jest Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie, co Odwołujący uczynił składając w ofercie właściwe zaświadczenie tego organu w j. hiszpańskim z dnia 10.12.2012 r. wraz z jego tłumaczeniem na j. polski (str. 73 - 76 oferty). Zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych jednoznacznie wynika, że na dzień jego wystawienia w Bazie danych Centralnego Rejestru Skazanych nie figurują jakiegokolwiek dane o karalności p. M..... A..... H..... L..... oraz że zaświadczenie to wystawione jest wyłącznie dla celów uczestnictwa w przetargach publicznych w Polsce. Tym samym dokument ten bezspornie winien zostać uznany przez Zamawiającego jako spełniający wymóg SIWZ i odpowiadający wymaganiom bezwzględnie obowiązujących przepisów Rozporządzenia. Analogicznie Odwołujący wyjaśnił rzekomy brak w ofercie dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do podmiotu udostępniającego Wykonawcy potencjał w trybie art. 26 ust. 2b Pzp (Acciona Infraestructuras S.A.). Odwołujący w piśmie z 03.01.2013 r. wyjaśnił, że potwierdzenie spełnienia powyższego wymogu wynika z wydanego w dniu 15.11.2012 r. zaświadczenia o niekaralności Acciona Infraestructuras S.A. wydanego przez Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie, którego kopia wraz z tłumaczeniem na język polski znajduje się na str. 129 - 132 oferty. Powyższy Rejestr jest odpowiednikiem polskiego KRK, a zaświadczenie zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia, wydane na okoliczność uczestnictwa w przetargach publicznych w Polsce - potwierdza odpowiednio nieorzeczenie wobec Acciona Infraestructuras S.A. zakazu ubiegania się o zamówienie. Zdaniem Odwołującego, powyższe

zaświadczenia hiszpańskiego organu wraz z ich tłumaczeniami, które zostały złożone w ofercie, winny zostać przez Zamawiającego uznane za w pełni wystarczające, a tym samym - potwierdzające spełnienie wymagań art. 22 ust. 1 oraz § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia. Niezależnie jednak od zawartych w piśmie z 03.01.2012 r. wyjaśnień, Odwołujący z uwagi na charakter wezwania - pomimo jego bezzasadności, uzupełnił wymagane dokumenty (vide: załączniki do pisma Wykonawcy), choć w świetle obowiązującego orzecznictwa w przypadku takiego wezwania - nie musiało ono determinować dokonania uzupełnienia. Przywołał w tym zakresie wyrok z dnia 21.11.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1269/08, KIO/UZP 1271/08. Nie ulega zatem również wątpliwości, że Odwołujący poprzez swoje czynne działanie, polegające na udzieleniu pisemnych wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w dniu 03.01.2013 r. bezspornie dokonał czynności faktycznej uniemożliwiającej ziszczenie się przesłanki zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Inna interpretacja powołanego przepisu Pzp groziłaby ewidentnym naruszeniem nie tylko wcześniej powołanych przepisów Pzp i Rozporządzenia, lecz również samego art. 5 Kc w zw. z art. 14, art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a Pzp. W myśl powołanego przepisu Kc niedopuszczalne jest bowiem czynienie ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego, co w tym przypadku oznaczałoby bezprawne wykorzystywanie przez Zamawiającego trybu art. 26 ust. 3 Pzp jako instrumentu służącego eliminowaniu podmiotów w dobrej wierze ubiegających się o zamówienie i bezpodstawnym narażaniu ich na ewidentną stratę finansową poprzez bezprawne zatrzymanie wadium. Takie działanie Zamawiającego rażąco narusza zresztą także naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów w ofercie - pomimo że w ofercie znajdowały się wszelkie dokumenty wymagane przez Zamawiającego. W szczególności dotyczy to kwestionowanych dokumentów o niekaralność p. M..... A..... H..... L..... (członka Zarządu Odwołującego) oraz zaświadczenia o nieorzeczeniu zakazu ubiegania się o zamówienia wobec Acciona Infraestructuras S.A. Wezwanie to - jako absolutnie zbędne w tej sytuacji - nie było wezwaniem prawidłowym w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp. Przywołał opinię UZP, zamieszczoną na oficjalnych stronach portalu internetowego UZP (opinie prawne). Prawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp obciąża Zamawiającego. Zbędność wezwania, czy brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla zbędnie czy nieprecyzyjnie wezwanego Wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp (za wyrokiem KIO z dnia z dnia 16.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08. Zwrócił uwagę, że Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości

w zakresie złożonych dokumentów mógł skorzystać z trybu wyjaśnień zarówno na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (wobec Wykonawcy), jak również na podstawie § 4 ust. 4 Rozporządzenia, zwracając się do właściwych organów odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, czego w tym przypadku nie uczynił. Z uwagi na powyższe, Zamawiający winien uznać złożone w ofercie dokumenty za całkowicie wystarczające i wypełniające wymóg dokumentacyjny SIWZ oraz art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 2 i § 2 ust. 2 Rozporządzenia. Brak jest tym samym podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i w konsekwencji odrzucenia złożonej przezeń oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, a tym bardziej zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Odwołujący wskazał, że podniesione w odwołaniu naruszenia Pzp i innych przepisów prawa bezwzględnie obowiązującego mają wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Na skutek dokonania przez Zamawiającego czynności bezprawnego wezwania do uzupełnienia, pomimo udzielenia przez Odwołującego w dniu 03.01.2012 r. odpowiedzi, zawierającej stosowne wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentów, Zamawiający dokonał wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia złożonej przezeń oferty w dniu 04.01.2012 r., informując jednocześnie o zastosowaniu rygoru zatrzymania wadium w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 08.01.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.01.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej CONTROL PROCESS S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.01.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Stwierdził, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż niedopuszczalne było wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności członka Zarządu Mostostal Warszawa S.A. – p. M..... A..... H..... L..... zamieszkałego w Hiszpanii. W Rozdz. VII SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia w zakresie wykazu oświadczeń lub

5

dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednym z wymaganych dokumentów była aktualna informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W punkcie tym znajdowała się również poczyniona przez Zamawiającego uwaga, iż w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, osoby o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp mające miejsce zamieszkania poza terytorium RP, mają złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące ich niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku zaś, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób. Z miejscem zamieszkania osoby fizycznej łączy się wiele istotnych następstw prawnych. Zasady, według których ustala się miejsce zamieszkania osoby fizycznej zawarte są w kc art. 25 do 28. Zgodnie z ujętymi tam regulacjami, miejscem zamieszkania jest miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Do ustanowienia miejsca pobytu niezbędne jest zaistnienie kumulatywnie dwóch przesłanek: zewnętrznej, tj. faktycznego przebywania w danym miejscu i wewnętrznej, czyli woli stałego pobytu. Również do utraty dotychczasowego miejsca zamieszkania konieczne jest spełnienie tych dwóch przesłanek, czyli zerwanie faktycznej łączności z daną miejscowością z odpowiednim zamiarem. Nieobecność fizyczna, nawet długotrwała, nie świadczy o zmianie miejsca zamieszkania, jeżeli nie towarzyszy jej odpowiedni zamiar. Osoba fizyczna, zgodnie z brzmieniem art. 28 kc, może mieć tylko jedno miejsce zamieszkania. W zakresie miejsca zamieszkania nie wchodzi w znaczeniu kodeksowym konkretny adres. Od miejsca zamieszkania odróżnić należy tzw. pojęcie zameldowania. O zamieszkaniu decydują przesłanki faktyczne, zaś o zameldowaniu - dokonanie określonych czynności o charakterze administracyjnoprawnym. Samo zameldowanie nie przesądza w takim razie o miejscu zamieszkania. Można jednakże uprawdopodobnić, iż w miejscowości, w której dana osoba fizyczna jest zameldowana, ma ona także miejsce zamieszkania. Zamawiający sprawdzając złożoną ofertę stosując zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oceniał ofertę Mostostal Warszawa SA jako podmiotu krajowego. Z żadnych dokumentów nie wynika, że p. M..... A..... H..... L..... zamieszkuje w Hiszpanii. Zamawiający nie może sprawdzając poprawność złożonych dokumentów sugerować się obco brzmiącym nazwiskiem. Zamawiający nie miał wątpliwości, że urzędujący członek zarządu podmiotu krajowego zamieszkuje na terytorium RP, z zamiarem stałego pobytu. Odbywanie okresowych podróży biznesowych, nawet długotrwałych lub

6

posiadanie lokali w różnych krajach nie może świadczyć o wyrażeniu woli zmiany miejsca zamieszkania. W ocenie Zamawiającego zatem p. M..... A..... H..... L..... winien złożyć aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8. Zamawiający słusznie wezwał Oferenta o uzupełnienie brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Na marginesie zaznaczył, że hiszpańskie zaświadczenie nie spełnia ustawowych warunków w zakresie udokumentowania wymogu opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na zakres przedmiotowy, jaki obejmują, w stosunku do katalogu przestępstw opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 8. Bezsporne jest, iż w Królestwie Hiszpanii Ministerstwo Sprawiedliwości w Madrycie wydaje się dokument pod nazwą "*zaświadczenie niekaralności*", natomiast kwestią wymagającą ustalenia jest zakres przestępstw nim objęty jako decydujący w kontekście możliwości uznania tychże zaświadczeń za spełniające wymagania przepisów prawa polskiego. Zgodnie z treścią obowiązującego w Królestwie Hiszpanii Dekretu 95/2009 w Centralnym Rejestrze Skazanych rejestrowane są w szczególności dane osoby skazanej, dane organu sądowego, który wydał orzeczenie skazujące wraz z danymi dotyczącymi tego orzeczenia, rodzaj popełnionego czynu oraz orzeczoną karę. Uprawnionym do uzyskania zaświadczenia negatywnego z Centralnego Rejestru Skazanych jest osoba, której dane dotyczą, a także organy sądowe i prokuratura. Podkreślenia wymaga fakt, iż zaświadczenie wydawane na wniosek osoby zainteresowanej nie zawiera danych dotyczących popełnienia przez niego czynów zagrożonych tzw. karą lekką (art. 17 ust. 6 Dekretu). Obowiązujący w Królestwie Hiszpanii Kodeks Karny (CP), wprowadzony Ustawą Organiczną 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r., przewiduje podział kar na kary ciężkie, mniej ciężkie i lekkie (art. 33 CP). Podstawą natomiast do nałożenia określonego rodzaju kary jest zakwalifikowanie danego czynu zabronionego jako przestępstwa ciężkiego (zbrodnia), mniej ciężkiego (występek) bądź wykroczenia. Kary lekkie obejmują m.in. grzywnę od 10 dni do 2 miesięcy (przy stawce dziennej od 2 do 400 euro), stałą lokalizację od 1 dnia do 3 miesięcy, czy pozbawienie prawa do kierowania pojazdami silnikowymi lub motorowerem od 3 miesięcy do 1 roku. Niektóre czyny stanowiące wykroczenia wedle prawa hiszpańskiego, zgodnie z prawem polskim uznawane są za przestępstwa. Zgodnie z polskim Kodeksem wykroczeń, wykroczenie stanowi czyn zagrożony karą aresztu w wymiarze od 5 do 30 dni, ograniczenia wolności w wymiarze 1 miesiąca, grzywny w wymiarze od 20 do 5.000 zł (chyba że ustawa stanowi inaczej), a wykroczeniem skarbowym jest czyn zagrożony karą grzywny określoną kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu zabronionego nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia, a także inny czyn zabroniony, jeżeli kodeks tak stanowi. Przykładowo więc czyn polegający na wyłudzeniu pieniędzy z funduszy unijnych o wartości nieprzekraczającej 50.000 euro zagrożony jest karą grzywny od 1 miesiąca do 2 miesięcy, na mocy art. 628 w zw. z art. 309 CP, stanowi zgodnie

7

z prawem hiszpańskim wykroczenie i jako czyn zagrożony karą lekką nie jest uwidaczniany w zaświadczeniu wydawanym z Centralnego Rejestru Skazanych wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, zgodnie natomiast z polskim Kks powyższy czyn traktowany jest jako przestępstwo skarbowe. Zatem czyn traktowany przez prawo hiszpańskie jako wykroczenie, w prawie polskim może być uznawany za przestępstwo, co skutkuje prawdopodobieństwem nieobjęcia zakresem zaświadczenia wydawanego z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych wszystkich informacji o przestępstwach w rozumieniu prawa polskiego, w szczególności w zakresie czynów zabronionych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zaświadczenia wydawane z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych na wniosek osoby zainteresowanej nie obejmują informacji dotyczących popełnienia czynów zagrożonych karą lekką, mimo że widnieją w tym rejestrze. Istotną kwestią stanowiącą o braku tożsamości pomiędzy treścią przedmiotowych zaświadczeń jest termin zatarcia skazania, bowiem art. 136 CP przewiduje, iż zatarcie skazania następuje z upływem: 6 miesięcy w przypadku kar lekkich, 2 lat w przypadku kar nieprzekraczających 12 miesięcy i orzeczonych w związku z przestępstwami popełnionymi nieumyślnie, 3 lat w przypadku pozostałych kar mniej ciężkich, 5 lat w przypadku kar ciężkich. Za początek biegu terminu zatarcia skazania uznaje się dzień następujący po dniu wygaśnięcia kary, a w przypadku jej warunkowego zawieszenia od dnia, który nastąpiłby po dniu wygaśnięcia kary, gdyby została ona wykonana. Natomiast art. 107 polskiego Kk przewiduje znacznie dłuższe terminy ustawowe: 10 lat w razie skazania na karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, 5 lat w razie

skazania na karę grzywny albo karę ograniczenia wolności i 5 lat na wniosek skazanego, jeżeli skazany w tym okresie przestrzegał porządku prawnego, a wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekracza 3 lat. Zatarcie skazania za czyn ujawniony w Centralnym Rejestrze Skazanych oznacza, zgodnie z art. 19 Dekretu 95/2009, iż dane dotyczące czynu, za którego odpowiedzialność karna wygasła, nie będą już ujawniane w zaświadczeniu wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, dostęp do tych informacji mają jedynie hiszpańskie sądy i trybunały. Zatem zakres informacji umieszczanych w Centralnym Rejestrze Skazanych nie odpowiada zakresowi informacji uzyskiwanemu z polskiego KRK i zakresowi wskazanemu w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, wobec czego przedstawienie zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych nie można uznać za spełnienie warunku wynikającego z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wątpliwości budzi także sam okres ważności zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych, gdyż obowiązujące przepisy Dekretu 95/2009 nie regulują kwestii ważności tego zaświadczenia, wobec czego każde z zaświadczeń zawiera zapis stanowiący, iż zaświadczenie niniejsze odzwierciedla stan dotyczący osoby zainteresowanej na dzień jego wystawienia.

W przypadku braku urzędowego zaświadczenia albo gdy zgodnie z art. 45 ust. 3

8

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, dokumenty lub zaświadczenia wydane poza granicami RP nie obejmują zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 Pzp, mogą być zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. W związku z powyższym, skoro zakres hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności nie jest tożsamy z informacją z KRK RP w zakresie przestępstw wymienionych enumeratywnie w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, konieczne jest złożenie przez Wykonawców stosownych oświadczeń członków zarządu.

Nadto, twierdził, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż niedopuszczalne było wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia wadliwego dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia wobec spółki Acciona Infraestructuras S.A. zakazu ubiegania się o zamówienie. Bezspornym faktem jest, że przedmiotowy dokument wystawiony przez Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie nie zawierał informacji o braku orzeczenia dotyczącego zakazu ubiegania się o zamówienie wobec spółki Acciona Infraestructuras S.A. Zamawiający zgodnie z art. 4 § 4 Rozporządzenia, w celu uzyskania pewności co do poprawności przedstawionych dokumentów zwrócił się do właściwych organów odpowiednio kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, tj. Ambasady Hiszpanii w Warszawie. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację z dwóch źródeł, o treści: 1. Fragment maila podpisany przez Panią K.

..... - ANALISTA DE MERCADO EMBAJADA DE ESPAÑA EN VARSOVIA
OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL: „Jednocześnie potwierdzam, że Instytucją prowadzącą rejestr przedsiębiorstw, które nie wywiązały się ze zobowiązań wziętych na siebie z tytułu realizacji Zamówienia Publicznego jest Junta Consultiva de Contratacion Administrativa podległa Ministerstwu Gospodarki i Finansów (Ministerio de Economía y Hacienda). Nie wydaje ona jednak żadnych zaświadczeń jako że w Hiszpanii to Administracja zajmuje się sprawdzeniem czy dane przedsiębiorstwo nie podlega wykluczeniu w ubieganiu się o Zamówienia Publiczne. Ponieważ jest to informacja jawna jest ona publikowana w B.O.E. czyli w Dzienniku Urzędowym Państwa a także na stronach Internetowych Ministerstwa pod adresem". Jednocześnie została przesłana Zamawiającemu przez Ambasadę Hiszpańską w Warszawie opinia prawna wystawiona przez Kancelarię Prawną Garrigues Polaka i Pablo Olabari Gortazar sp. k. (adres ul. Emilii Plater, 53 Tel 48 22 540 6100 - Fax 48 22 540 61 01 Warsaw Financial Center -00-113 Polonia 48 22 463 6100 - 48 22 463 61 01) pn.: DOKUMENTY WYMAGANE OD WYKONAWCY HISZPAŃSKIEGO W PROCEDURZE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE.

W przywołanym dokumencie określony jest sposób wykazania się o braku orzeczenia dotyczącego zakazu ubiegania się o zamówienie pkt 2.1.5: „2.1.5 Oświadczenie o braku

9

zakazu ubiegania się o zamówienie. W Hiszpanii rejestr przedsiębiorców, którzy nie wywiązały się ze zobowiązań z tytułu realizacji zamówień publicznych, jest prowadzony

przez hiszpański organ zwany Junta Consultiva de Contratacion Administrativa podlegający Ministerstwu Gospodarki i Finansów, aczkolwiek nie wystawia stosownych zaświadczeń. W tej sytuacji Wykonawca powinien przedstawić oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym lub organem samorządu zawodowego lub gospodarczego (do wyboru Wykonawcy) o braku zakazu ubiegania się o zamówienie. Forma dokumentu: oświadczenie przed notariuszem w Hiszpanii, właściwym organem sądowym, administracyjnym lub organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, z apostillą (oryginał lub kopia poświadczona przez Wykonawcę), tłumaczenie zwykłe na język polski, poświadczane przez Wykonawcę.

Data wystawienia: nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku."

Porównując treść opinii i ofertę Odwołującego jednoznacznie wynika, że dokument podmiotu udostępniającego potencjał (Acciona Infraestructuras SA.), potwierdzającego brak orzeczenia wobec tej spółki zakazu ubiegania się o zamówienia jest wadliwy. W takiej sytuacji jedynym słusznym działaniem Zamawiającego było wezwanie do uzupełnienia oferty Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp; co też Zamawiający uczynił. Nietrafnie wywodził Odwołujący się, że Zamawiający naruszył art. 26 ust 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie. Odwołujący przywołuje sam przepis jako informację o uprawnieniu Zamawiającego do żądania wyjaśnień, nie precyzując jednocześnie aspektu, który winien zostać wyjaśniony. W podobny sposób postępuje zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania nie dając temu zarzutowi uzasadnienia faktycznego. W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania Wykonawców oznacza jednakowe traktowanie Wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących Wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich Wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Zamawiający w żaden sposób nie naruszył w niniejszym postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Oferenci, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu zostali wezwani do uzupełnienia ofert w jednakowym czasie i został im udzielony jednakowy termin na uzupełnienie dokumentów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 - Konsorcjum Comsa Emte:

W dniu 07.01.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej

10

Konsorcjum Comsa Emte wniosło odwołanie na wezwanie z 28.12.2012 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.01.2013 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania słuszności zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej, zarzucił naruszenie:
 - 2) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w postępowaniu. W przypadku nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w pkt 1) oraz 2) powyżej, zarzucił naruszenie:
 - 3) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia poprzez wskazanie w treści wezwania doręczonego Odwołującemu w dniu 28.12.2012 r., iż dokumenty mogą być uzupełnione jedynie w formie pisemnej podczas gdy § 6 ust. 1 Rozporządzenia traktuje jako formę równorzędną formę kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę,
 - 4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez: a) wyznaczenie Odwołującemu, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, a faktycznie uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ich uzupełnienie; b) odmowę przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów o czas niezbędny do ich uzupełnienia.
- Wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

doręczonego Odwołującemu w dniu 28.12.2012 r. Z ostrożności procesowej w razie nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w pkt 1) oraz 2) powyżej wnosił alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (objętych treścią wezwania z dnia 28.12.2012 r.) we właściwej formie oraz w odpowiednim terminie. W SIWZ w cz. VII (informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami) wskazano, iż Zamawiający dopuszcza także porozumiewanie się z wykonawcami za pomocą faksu oraz drogą elektroniczną. W cz. VI SIWZ dotyczącej wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż w zakresie warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia należy złożyć odpowiednio wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do

11

wykazania spełnienia 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 wielkości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, według wzoru stanowiącego zał. nr 8 „Wykaz robót budowlanych” do SIWZ. Wśród załączonych do oferty Odwołującego dokumentów znalazły się, między innymi, referencje wystawione przez F..... J..... G..... dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A., w Barcelonie (str. 77-79 w wersji hiszpańskiej, str. 80-81 w wersji polskiej). W przedmiotowej referencji znalazła się informacja, iż podmiot na potencjale którego polegał Odwołujący tj. COMSA EMTE MEDIOAMBIENTE, SLU (oświadczenie o udostępnieniu potencjału - str. 87 oferty) („Comsa Medioambiente”) wziął udział w budowie Ekoparku w Barcelonie. Ponadto znalazła się również informacja, iż ostateczne uruchomienie przedmiotu umowy nastąpiło w dniu 15.07.2011 r., kiedy to zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie usługi wykonane przez Comsa Medioambiente dla UTE ECOPARC (konsorcjanta Comsa Medioambiente przy realizacji wskazanego projektu). W dalszej części treści referencji znalazł się szczegółowy opis funkcjonowania przedmiotu zrealizowanego projektu. Wskazany dokument został wydany w dniu 10.10.2012 r. W dniu 28.12.2012 r. Zamawiający doręczył faksem Odwołującemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W treści niniejszego pisma Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w ofercie przedstawił wprawdzie referencje wystawione przez F..... J..... Q..... dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA, S.A. w Barcelonie jednak, zdaniem Zamawiającego, przedmiotowe referencje nie zawierały informacji o tym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na tej podstawie Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, iż wymagany dokument należy uzupełnić w formie pisemnej do dnia 04.01.2013 r. do godz. 12:00, pod rygorem wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jeszcze tego samego dnia, w którym Odwołujący otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów, tj. w dniu 28.12.2012 r., poprzez swojego przedstawiciela - p. V..... S..... L....., zwrócił się on do Zamawiającego najpierw telefonicznie, a następnie drogą elektroniczną z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. W dniu 04.01.2013 r. Odwołujący doręczył żądane dokumenty Zamawiającemu jednak jedynie w drodze faksu. Tego samego

12

dnia Zamawiający doręczył faksem Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Z treści przesłanego dokumentu wynikało, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28.12.2012 r. Odwołujący uzupełniając żądane dokumenty nie zachował wymaganej formy pisemnej i uzupełnił je wyłącznie za

pośrednictwem faksu. W zarysowanym powyżej stanie faktycznym, należy w pierwszej kolejności (zgodnie z kolejnością zarzutów przywoływanych w *petitum* niniejszego odwołania) dokonać analizy dopuszczalności wezwania przez Zamawiającego, które miało miejsce w dniu 28.12.2012 r. Przedmiotowe wezwanie zostało podjęte przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp a zatem analiza dopuszczalności takiego wezwania wymaga odniesienia się do przesłanek warunkujących zastosowanie wskazanego przepisu Pzp. W świetle zaistniałego w sprawie stanu faktycznego należy uznać, iż Odwołujący przedłożył wszelkie niezbędne dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp). Spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczy wyłącznie tego czy z treści załączonej przez Odwołującego referencji dla konkretnego projektu (ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie) wynikało, iż roboty budowlane przy jego realizacji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odpowiedź twierdząca na tak postawione pytanie wykluczałaby możliwość posłużenia się art. 26 ust. 3 Pzp. Dokument, który został przedłożony w postępowaniu w sposób wyraźny wskazywał, że przedmiot umowy (na wykonanie której przedłożone zostały referencje) został uruchomiony w dniu 15.07.2011 r. a także, iż zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie niezbędne usługi w tym celu. Z powyższego, w sposób logiczny wynika, iż pomimo nieużycia wprost wyrażenia, którego domagał się Zamawiający, dokument ten potwierdzał wskazane okoliczności a zatem stanowił potwierdzenie, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż przedmiotowy dokument został wystawiony w dniu 10.10.2012 r., przy czym projekt został uruchomiony w dniu 15.07.2011 r. Z powyższego należy bowiem domniemywać, iż skoro w dacie wystawienia referencji a zatem blisko rok od oddania do eksploatacji przedmiotu zamówienia nie zostały wykazane jakiegokolwiek usterki uniemożliwiające wydanie referencji to należy zakładać, iż roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo. W celu wykazania słuszności twierdzeń Odwołującego wskazał, iż Odwołujący składając referencje dotyczące projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie spełnił wymóg potwierdzenia należytego wykonania robót zgodnie z SIWZ a także § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. W tym kontekście, zarówno zapis w SIWZ jak i przywołany przepis Rozporządzenia wskazują, że potwierdzeniem wykonania robót jest (jakiegokolwiek) dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane

13

zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Oczywistym jest, że w sytuacji kiedy we wskazanym dokumencie referencji zostałyby użyte wprost sformułowanie z Rozporządzenia, Zamawiający nie miałby żadnych wątpliwości co do prawidłowości przedstawionego dokumentu. Należy jednak jednoznacznie wskazać, że użycie innych sformułowań (np. takich, którymi posłużono się w przedmiotowych referencjach) na potwierdzenie wykonania robót nie dyskwalifikuje dokumentu co do skuteczności celu jego wystawienia. Taki wniosek wypływa *expressis verbis* z ugruntowanego orzecznictwa m.in. z wyroku KIO z dnia 30.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1992/11, KIO 2004/11. Należy przyjąć, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki niezbędne do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, które pozwalałyby na wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą w sposób wystarczający potwierdzają spełnienie warunków udziału Odwołującego w postępowaniu.

W razie nieuznania słuszności zarzutu wskazanego naruszenia przez Zamawiającego odnośnie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy powziął on wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w postępowaniu. W celu wykazania słuszności zarzutu należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że faktem niebudzącym wątpliwości jest okoliczność, iż dokument referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie został przez Odwołującego przedłożony wraz z ofertą. Skoro przedmiotowy dokument został złożony a Zamawiający powziął określone co do jego treści wątpliwości (w zakresie tego czy przedstawione referencje potwierdzają, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) to zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wystąpić do Odwołującego

o uzyskanie stosownych wyjaśnień. Śądanie wyjaśnień we wskazanym trybie może dotyczyć także dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu a zatem znajduje zastosowanie do dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie. Istotnym z punktu widzenia dalszych czynności podejmowanych przez strony w Postępowaniu jest to, że wskazany tryb pozwalał Odwołującemu na posłużenie się w komunikacji z Zamawiającym drogą faksową (co przewidywała wprost SIWZ w cz. VII). Tezę o konieczności zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp (zamiast art. 26 ust. 3 Pzp) w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym potwierdza także orzecznictwo KIO, w szczególności wyrok z dnia 07.02.2012 r., sygn. akt: KIO 197/12, wyrok z dnia 04.04.2012 r., sygn. akt: KIO 570/12, czy też wyrok z dnia 16.03.2012 r., sygn. akt: KIO 438/12. Z ostrożności procesowej, Przystępujący przedstawia poniżej, swoją argumentację

14

na wypadek nieuznania słuszności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy powziął on wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w postępowaniu. Przyjmując zatem założenie o prawidłowości skorzystania przez Zamawiającego w niniejszej sprawie z możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie należy zwrócić uwagę na dwie zasadnicze kwestie, które w sposób oczywisty wskazują na naruszenie art. 26 ust. 3, a także odpowiednich przepisów Rozporządzenia. Po pierwsze, uznaje, że Zamawiający nie był uprawniony aby w sposób bezprawny ograniczać zakres form w jakich Odwołujący mógł uzupełnić żądany dokument. Zgodnie z treścią § 6 ust. 1 Rozporządzenia *in principio*, dokumenty [w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego] są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za, zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ustawodawca dopuszcza zatem możliwość równorzędnego stosowania tych dwóch form. Tymczasem, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 28.12.2012 r. Zamawiający bezprawnie ograniczył możliwość posłużenia się przez Odwołującego formą kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem i wskazał wprost, że „braki w ofercie należy uzupełnić w formie pisemnej”. Należy wyjaśnić, iż zakres pojęciowy określenia „forma pisemna” niekoniecznie musi obejmować formę kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Do takiego wniosku prowadzi analiza orzecznictwa KIO powstałego na gruncie analizy pojęcia: „formy pisemnej” z art. 26 ust. 2b Pzp, który posługuje się pojęciem „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Przywołuje wyrok KIO z dnia 08.03.2011 r., sygn. akt: KIO 447/11; KIO 449/11, KIO 452/11; wyrok KIO z dnia 05.05.2011 r., sygn. akt: KIO 822/11 oraz wyrok KIO z dnia 14.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1387/11. Podniósł, iż w wezwaniu Odwołującego z dnia 28.12.2012 r. Zamawiający wskazał zbyt krótki okres na uzupełnienie żądanych dokumentów czym, zdaniem Odwołującego, naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Termin ten upływał w dniu 04.01.2013 r. a zatem Odwołujący miał jedynie 5 dni roboczych na uzyskanie żadanego dokumentu. W związku z przekazaniem rzeczonożego wezwania w tzw. „okresie świąteczno-noworocznym” oraz z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu w tym okresie, Odwołujący zwrócił się z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Na poparcie wskazanej tezy stwierdził, iż art. 26 ust. 3 Pzp nie zawiera wprawdzie konkretnego terminu, w ciągu którego wykonawcy zobowiązani są odpowiedzieć na wystosowane do nich wezwanie. W związku z powyższym, kompetencje do określenia takiego terminu posiada Zamawiający. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim, termin ten powinien być rozsądny - czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania, tj.

15

pozyskać lub skompletować dokumenty będące przedmiotem uzupełnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie i czasie do zamawiającego. Przywołuje wyrok KIO z dnia 29.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2700/10 oraz wyrok KIO z 05.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2765/11. Nadto, wskazał, że uzupełnienie żadanego dokumentu zgodnie z treścią wezwania z dnia 28.12.2012 r. wymagało partycypacji osób trzecich - tj. podmiotu, który wystawił referencję dla Comsa Medioambiente a zapewnienie takiego udziału w świetle okoliczności przedstawionych powyżej (zbyt krótki czas, okres „świąteczno-noworoczny”) przez

Odwolującego było okolicznością od niego niezależną. W świetle przedstawionych powyżej uwag nie sposób uznać zasadności twierdzeń Zamawiającego jakoby wyznaczenie terminu na uzupełnienie wymaganych dokumentów realnie umożliwiało Odwołującemu dokonanie żądanej czynności zgodnie z treścią wezwania. Negatywne ustosunkowanie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów stanowiło także naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Należy jednak zaznaczyć wyraźnie, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny biorący udział w postępowaniu, działając z należytą starannością jeszcze tego samego dnia kiedy otrzymał przedmiotowe wezwanie zwrócił się o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów, gdyż wiedział, iż wyjście naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego może być trudne i w konsekwencji doprowadzi do pozbawienia go udziału w postępowaniu. Powyżej opisana czynność Odwołującego została zatem podjęta w zaufaniu do Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwentnie Odwołujący nie powinien ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji.

Zamawiający w dniu 08.01.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.01.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej CONTROL PROCESS S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 10.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mostostal Warszawa SA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.01.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł

16

o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający pismem z dnia 28.12.2012 r. wezwał Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. konsorcjum spółek w składzie Comsa Emte Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie, AWBUD SA z siedzibą w Ogrodzieńcu, MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia wadliwych referencji wystawionych przez F..... J..... Q..... dotyczących budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie o brakującą informację, że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jednocześnie w tym dniu wezwał jeszcze dwóch innych Oferentów o dokonanie czynności uzupełnienia oferty. Dla wszystkich Oferentów Zamawiający wyznaczył taki sam termin na uzupełnienie oferty. Zamawiający, stwierdził, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż niedopuszczalne było wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia wadliwych referencji wystawionych przez F..... J..... Q..... dotyczących budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie. Bezsprzecznym faktem jest, że przedmiotowy dokument nie zawierał informacji, że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie zawierał również jakichkolwiek innych informacji mogących świadczyć o należytych wykonaniu zamówienia, chociażby „przyjęto bez zastrzeżeń”, „bez uwag”, „współpraca układała się doskonale”, „nie ma zastrzeżeń do jakości i terminowości świadczenia” itp. Jedynym celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy. Ogólnie rzecz biorąc, referencje - to opinia wystawiana komuś, stwierdzająca wywiązywanie się z obowiązków, zwykle pozytywna i polecająca daną osobę lub wykonawcę. Nie prawidłowym byłoby przyjęcie dokumentu nie zawierającego takich informacji. To ustawodawca stanowiąc o dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie, wskazał na potrzebę złożenia oświadczenia wiedzy przez zamawiającego o stanie wykonanej roboty budowlanej. Nieracjonalną wydaje się sugestia Odwołującego sugerująca, że Zamawiający winien domniemywać wnioskując z daty wystawienia referencji, że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W praktyce Zamawiający przypuszczał, że zaszła odwrotna

sytuacja. Wystawiający referencje nie rekomendował Wykonawcy gdyż miał zastrzeżenia do wykonanych robót. Zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w oparciu o swoje domniemania i przypuszczenia potwierdza to wyrok KIO z dnia 13.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1616/10.

Nietrafnie wywołał Odwołujący, że Zamawiający naruszył art. 26 ust 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 Pzp może być kierowane jedynie do Wykonawcy. Jednoznaczny jest, że w dokumencie referencji brakuje informacji że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami

17

sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający, nie ma żadnej wątpliwości, że takiej informacji w referencjach nie ma. W wyniku hipotetycznego wyjaśnienia Wykonawca nie może sam sobie wystawić referencji. Oświadczenie Wykonawcy, że prawidłowo wykonał roboty budowlane jest nieskuteczne jako wykazanie się wiedzą i doświadczeniem. Wystawcą referencji jest podmiot trzeci niebiorący udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może w trybie art. 26 ust 4 Pzp zwrócić się o wyjaśnienie do wystawcy referencji, jest to niedopuszczalne na gruncie Pzp. Jedyną poprawną drogą jest wezwanie Wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia wadliwego dokumentu i tak też Zamawiający uczynił.

Nieprawdą jest, że Zamawiający bezprawnie ograniczył możliwość posłużenia się przez Odwołującego formą kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem. Art. 27 Pzp decyzję o wyborze formy porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami pozostawia Zamawiającemu. Zamawiający w pkt VII SIWZ precyzyjnie określił sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. Zamawiający jednoznacznie określił formę pisemną dla oferty i dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty składane na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ponieważ forma dokumentu jest bardzo istotna w postępowaniu Zamawiający wzywając Wykonawców do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w piśmie wzywającym do uzupełnienia jeszcze raz przypomniał Wykonawcom o obowiązku zachowania pisemności postępowania (uwaga zamieszczona tłustym drukiem i jednocześnie podkreślonym tekstem). Wezwanie w jednakowej formie zostało skierowane do 3 oferentów. Dwóch oferentów uzupełniło oferty w poprawnej formie, tylko Odwołujący uzupełnił ofertę faksem. Uzupełnienie oferty faksem stanowi naruszenie § 6 ust. 1 Rozporządzenia. Rozporządzenie nie przewiduje formy uzupełnienia dokumentów faksem. Wykonawca w formie pisemnej dostarczył dokument do Zamawiającego dopiero w dniu 21.01.2013 r., mimo iż powinien być w jego posiadaniu na dzień składania ofert i jest on datowany na dzień 10.10.2012 r. Wskazał na wyrok KIO z dnia 08.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1015/08.

Naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji. W myśl tej zasady Zamawiający w dniu 28.12.2012 r. przesłał wezwanie do 3 Oferentów, których oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp winny podlegać uzupełnieniu. Zamawiający ustalił jednakowe dla wszystkich zasady uzupełniania dokumentów, tj. jednakowy termin i jednakowa zasada pisemności. Termin wyznaczony został na 04.01.2013 r. Faktem jest, że Odwołujący prosił Zamawiającego, o przesunięcie terminu na złożenie uzupełnień na dzień 10.01.2013 r. Zamawiający zgodnie ze swoim uprawnieniem mając na uwadze zasadę równego traktowania oferentów i pilność postępowania odmówił przesunięcia terminu na złożenie uzupełnienia oferty. Wykonawca jako profesjonalista działający w obrocie prawnym winien przewidzieć taką sytuację

18

i w przypadku wyjazdu zostawić właściwe pełnomocnictwa innej osobie. Zamawiający nie może dowolnie przesuwając terminu składania ofert, a w konsekwencji terminu rozstrzygnięcia w danym postępowaniu i rozpoczęcia rzeczowej realizacji inwestycji ze względu na plany urlopowe jednego z oferentów. Ma to również wpływ na pozostałych Wykonawców, którzy będąc w obrocie gospodarczym są zainteresowani jak najszybszym uzyskaniem informacji o uzyskaniu lub nieuzyskaniu zamówienia publicznego. Taka informacja wiąże się przecież bezpośrednio z planami biznesowymi pozostałych firm biorących udział w postępowaniu. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1048/08 oraz na wyrok KIO z dnia 28.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1116/08.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 - Mostostal Warszawa SA:

W dniu 14.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mostostal Warszawa SA wniósł odwołanie od czynności wykluczenia z dnia 04.01.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.01.2013 r. (e-mailem). Wskazał, że wnosił odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na: 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Control Process S.A. i zaniechaniu odrzucenia złożonej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zaniechaniu wykluczenia wybranego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przezeń oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ewentualnie: zaniechaniu wezwania Control Process S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionego w wykazach doświadczenia Wykonawcy oraz osób poprzez niezastosowanie trybu art. 26 ust. 4 Pzp; 2) bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu złożonej przezeń oferty z powodu rzekomego nieuzupełnienia dokumentów na bezprawne wezwanie Zamawiającego, co w konsekwencji grozi zatrzymaniem wadium. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Control Process S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i ust. 4 oraz art. 22 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ofercie wybranego Wykonawcy w zakresie potencjału wiedzy i doświadczenia oraz kadrowego, w wyniku której zaniechał on wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania i odrzucenia złożonej przezeń oferty;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4 a, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej przezeń oferty z powodu rzekomego nieuzupełnienia dokumentów na bezprawne wezwanie Zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do niepotwierdzenia spełnienia

19

warunków udziału w postępowaniu i nieuzasadnionego zatrzymania wadium w postępowaniu;

4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z nieuzasadnionym wyborem oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu oraz bezprawnym wykluczeniem za rzekome dokumentów i rzekome Odwołującego niedokonanie uzupełnienia niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z zastosowaniem rygoru zatrzymania wadium w postępowaniu;

5. oraz innych przepisów ujętych w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Control Process S.A.;
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przezeń oferty;
- powtórne badanie i ocenę ofert w postępowaniu oraz odrzucenie oferty złożonej przez Control Process S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ lub w przypadku nieuznania żądania w zakresie odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ - wykluczenie Wykonawcy z zastrzeżeniem ewentualnego uprzedniego wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie wykazanego w Wykazie robót doświadczenia, a w przypadku niepotwierdzenia przez tego Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu na skutek podania informacji nieprawdziwych - wykluczenie Control Process S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp i w konsekwencji odrzucenie złożonej przezeń oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Control Process S.A. oraz zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy i odrzucenia złożonej przezeń oferty, wskazał, co następuje. Zgodnie z postanowieniami pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał przedstawienia sporządzonego według wzoru określonego w załączniku nr 8 do SIWZ - IDW Wykazu robót budowlanych, do którego należało dołączyć

dokumenty referencyjne potwierdzające wykonanie wykazanych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz w terminie. W myśl postanowień powołanego punktu, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże się, iż: „wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przedmiotem której było: Wykonanie zakładu

20

zagospodarowania odpadów komunalnych, o wartości zamówienia brutto minimum 50 000 000 PLN oraz zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, czyli polegającym na realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w skład którego wchodziły co najmniej następujące instalacje:

- stacjonarna zautomatyzowana linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowana w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego, wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia: stację nadawczą, przenośniki, sito bębnowe, separator metali żelaznych, separator metali nieżelaznych, kabinę sortowniczą, stację automatycznego załadunku balastu, prasę belującą, separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu: - papieru i tektury, - frakcji kalorycznej, tj. mieszaniny tworzyw sztucznych (...).

- instalacja stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych (fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem i wyładunkiem), o wydajności min. 15 000 Mg/rok. Dostawa i montaż ww kompletnej instalacji do mechaniczno - biologicznego przetwarzania, instalacji sterowania wizualizacji, przeprowadzenie prób i rozruchów muszą być potwierdzone Protokołem odbioru bądź świadectwem przejęcia, ewentualnie innymi protokołami/dokumentami.”. Jednocześnie Zamawiający alternatywnie określił, że: „uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże przynajmniej dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych poniżej:

a) jedną sortownię z odpadów zmieszanych o ww. parametrach,
2. jedną instalację suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o ww. parametrach,
3. jedną instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) o wydajności min. 15 000 Mg/rok.” W Wykazie robót budowlanych znajdującego się w ofercie wybranego Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia wyżej zacytowanego warunku wiedzy i doświadczenia podano trzy zadania, które - jak należy przypuszczać - mają potwierdzić spełnienie alternatywnej części warunku (czyli przynajmniej dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych), a które realizowane były przez podmioty, które na rzecz Control Process S.A. udostępniły swój potencjał w tym zakresie. Zadanie wykazane w poz. 1 Wykazu wypełniać ma wymóg w zakresie instalacji suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o wymaganych przez Zamawiającego parametrach, a zadania ujęte w poz. 2 i 3 Wykazu odnoszą się do instalacji przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) o wydajności min. 15 000 Mg/rok. Odwołujący wskazał, że zarówno w przypadku inwestycji ujętej w poz. 2 jak i 3 Wykazu nie doszło do potwierdzenia spełnienia warunku udziału

21

w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do poz. 2 Wykazu. Odwołujący wskazał, że dołączony do Wykazu dokument referencyjny nie spełnia wymogu stawianego takiemu dokumentowi przez § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, zgodnie z którym powinien on bezspornie potwierdzać wykonanie zadania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący wskazuje, iż zwrócił na to uwagę również Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 28.12.2012 r., stwierdzając, że wystawione dla Strabag Umweltanlagen GmbH zwanej dalej: „Strabag”, jako podmiotu udostępniającego potencjał referencje „nie zawierają informacji, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie w tym zakresie przedstawił jedynie oświadczenie wykonawcy o wykonaniu prac z należytą starannością wydane przez przedstawiciela firmy Strabag, a nie Zamawiającego (MEAB - Markische

Entsorgungsanlagen - Betriebsgesellschaft GmbH), co zdaniem Odwołującego zdecydowanie nie wypełnia ani wyrażonego w wezwaniu żądania, ani tym bardziej wymogu § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. Nie ulega wątpliwości, że zważywszy na relację, jaka powstała między Strabagem a Control Process na skutek udostępnienia Wykonawcy potencjału w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp - „*oświadczenie należytego wykonania zadania inwestycyjnego*” wystawione przez przedstawiciela Strabag nie stanowi dokumentu pochodzącego od osoby trzeciej, lecz od podmiotu bezpośrednio zainteresowanego pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, przez co nie może być uznane za miarodajny, obiektywny dokument referencyjny. Zwracamy tu uwagę, że w przypadku robót budowlanych powinno się przestrzegać zasady, zgodnie z którą potwierdzenie należytego wykonania prac musi pochodzić bezpośrednio od podmiotu, który owe prace zlecał. Jeżeli zatem dana firma uczestniczyła w konkretnym przedsięwzięciu jako podwykonawca, to referencje powinien wystawić generalny wykonawca (lub jego podwykonawca, który powierzył wykonanie robót w ramach dalszego podwykonawstwa), co w tym przypadku zdecydowanie nie miało miejsca. Strabag, wykonując prace na rzecz MEAB, nie będąc tym samym ani zamawiającym, ani użytkownikiem czy operatorem, nie może sam sobie wystawić referencji. Skoro zatem Wykonawca dokonał już uzupełnienia w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ponowne wezwanie w tym trybie w świetle obowiązujących przepisów nie będzie dopuszczalne. Pomimo że referencja jako oświadczenie wiedzy, które ma charakter abstrakcyjny, powinna co do zasady potwierdzać wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz jego prawidłowe ukończenie i być wystawiona przez właściwy podmiot, bezsporne jest, iż winna też przynajmniej uprawdopodobnić fakty wynikające z Wykazu robót. Mając to na uwadze, Odwołujący dodatkowo podnosi, że dołączony do Wykazu w zakresie pozycji 2 dokument referencyjny nie zawiera informacji potwierdzającej, że kontrakt został wykonany w formule „*zaprojektuj i wybuduj*”,

22

w szczególności brak tu jakichkolwiek informacji o projektowaniu. Należy zwrócić uwagę, że w wyjaśnieniach treści SIWZ nr 2 z dnia 15.11.2012 r. (pytanie nr 9) Zamawiający podkreślił, że „*roboty budowlane wymienione w punktach 1,2,3 również muszą spełniać kryterium wykonania w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz wartość min. 50 000 000 PLN brutto*”. Warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże wykonanie co najmniej dwóch spośród trzech ww. robót w formule „*zaprojektuj i wybuduj*” o łącznej wartości min. 50.000.000 PLN brutto. Tymczasem dołączony do Wykazu robót dokument referencyjny nie potwierdza wykonania wykazanego zadania w wymaganej formule, a nawet tego faktu nie uprawdopodobnia. Przywołał wyrok KIO z 02.09.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 854/08. Poza tym, mając na względzie informacje na temat wykazanej w poz. 2 inwestycji dostępne na stronach internetowych zarówno Zamawiającego - MEAB Markische Entsorgungsanlagen - Betriebsgesellschaft GmbH, jak i spółki należącej do grupy Strabag - HEILIT Umwelttechnik GmbH, faktycznie wykonującej ten projekt, wątpliwości budzi podana przez Wykonawcę w Wykazie data zakończenia prac i odbioru instalacji. Zwracamy tu bowiem uwagę, że zgodnie z informacjami ze strony internetowej data uruchomienia Zakładu MBA Schoneiche to w rzeczywistości 2005/2006 rok, a nie - jak podano w Wykazie - styczeń 2009 r. Brak w dokumencie referencyjnym informacji o formule wykonania zadania oraz rozbieżności w datach jego zakończenia, potwierdzone na stronach internetowych wskazanych podmiotów, bezspornie mają wpływ na potwierdzenie realizacji wykazanego zadania zgodnie z wymaganym przez Zamawiającego zakresem oraz że zostały wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Powyższe bezspornie powinno budzić więc zasadnicze wątpliwości wymagające wyjaśnienia ze strony Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a w przypadku potwierdzenia się niespełnienia warunku w tym zakresie, względnie podania nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, winny skutkować wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp i w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, bez możliwości zastosowania trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odnosząc się do zadania wykazanego w poz. 3 Wykazu, Odwołujący podnosił, iż dołączony do Wykazu robót dokument referencyjny obarczony jest wadą, w szczególności został on wystawiony przez Generalnego Wykonawcę, a nie - odbiorcę zrealizowanego zadania, którym był Zamawiający, co analogicznie do przypadku dotyczącego referencji Strabag, uniemożliwia miarodajne potwierdzenie należytego wykonania tego zadania przez podmiot trzeci. Reasumując, w odniesieniu do przedstawionego przez Control Process

Wykazu robót i referencji, zdaniem Odwołującego, nie doszło do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zarówno w poz. 2, jak i 3 Wykazu, co powinno determinować wykluczenie tego Wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp.

23

Odwołujący podnosił, ponadto, zarzuty dotyczące wykazanego przez Control Process w ofercie potencjału kadrowego w zakresie dotyczącym Przedstawiciela Wykonawcy oraz Technologa fermentacji metanowej. Zgodnie z postanowieniami pkt III.2.3 ppkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu Przedstawiciel Wykonawcy powinien posiadać wykształcenie wyższe techniczne oraz posiadać łącznie co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy realizacji inwestycji budowlanych, w tym doświadczenie w kierowaniu przynajmniej jednym zamówieniem na roboty budowlane wraz z projektowaniem, w skład którego wchodziła realizacja kompletnego projektu budowlanego, uzyskanie stosownych decyzji i pozwoleń, budowa obiektów kubaturowych wraz z dostawą maszyn i urządzeń oraz rozruch technologiczny instalacji o wartości brutto co najmniej 50 000 000,00 PLN. Na potwierdzenie spełnienia warunku w tym zakresie w ramach doświadczenia P. J..... Z..... w Wykazie podano m. in. następujące realizacje: 1/ Budowa drukarni Heat Setowej RR Donelly i 2/ Przebudowa układu komunikacyjnego drogowo tramwajowego wraz z budową tunelu pod Dworcem w Krakowie oraz przebudową Ronda Mogińskiego i Ronda Grzegórzeckiego w ramach budowy Krakowskiego Szybkiego Tramwaju. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z jego wiedzą - w przypadku pierwszej z wymienionych inwestycji wynika, że Generalny Wykonawca, czyli firma Chemobudowa Kraków S.A. wykonała budynki kubaturowe, instalacje: wentylacji i klimatyzacji, elektryczne, teletechniczne i komputerowe, wod-kan, tryskaczowe, wody p.poż, gazową, stację redukcyjną gazu, kolektor ściekowy, biologiczną oczyszczalnię ścieków, drogi i place składowe. Zadanie nie obejmowało tu wykonywania projektu budowlanego, uzyskania pozwoleń i decyzji oraz dostaw maszyn i urządzeń i wykonywania rozruchu technologicznego, a ponadto - kwota kontraktu była 31 089 338 PLN netto. Nie wypełnia zatem określonego w warunku wymogu Zamawiającego zarówno w zakresie zakresu zdobytego doświadczenia, jak i wartości zadania. Istotne wątpliwości budzić powinny również wskazane w Wykazie informacje dotyczące doświadczenia tej osoby na drugiej z wymienionych inwestycji. Zgodnie z posiadanymi przez Odwołującego informacjami inwestycja ta była realizowana przez dwie różne firmy w latach 2003 - 2005. Pierwotnie - przez turecką firmę Guris, gdzie p. J..... Z..... był kierownikiem budowy, a następnie po rozwiązaniu Umowy z tym Wykonawcą (umowę rozwiązano z powodu nienależytego wykonania robót i jej nie dokończono) przez Konsorcjum Budimex - Dromex S.A. oraz PeBeKa S.A. Umowa z Konsorcjum została podpisana 3 lipca 2006 r., a rozpoczęcie robót nastąpiło 02.08.2006 r., co tym samym nie potwierdza doświadczenia wykazanej osoby w okresie ujętym w Wykazie. Zwracamy przy tym uwagę na fakt, że podana w Wykazie inwestycja to wbrew zawartym w Wykazie informacjom robota w ramach infrastruktury komunikacyjnej miasta, a nie robota kubaturowa wraz z dostawą urządzeń i rozruchem technologicznym, co również nie jest zgodne z wymaganym przez Zamawiającego dla tej osoby doświadczeniem. Mając powyższe na

24

uwadze, w świetle zawartych w Wykazie opisów doświadczenia wymienionej osoby, z których wynika rzekomo zdobycie przez wskazaną osobę doświadczenia w pełnym, żądanym przez Zamawiającego zakresie, Odwołujący wskazuje, że podana w Wykazie przez Wykonawcę informacja nie jest zgodna z prawdą, a tym samym Zamawiający po ewentualnym przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp winien dokonać wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp i w konsekwencji odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W odniesieniu do drugiej z wykazanych osób Odwołujący podnosił, że zgodnie z wymogami Zamawiającego dla eksperta nr 6 Technologa fermentacji metanowej należało przedstawić protokół wydany przez Operatora lub Zamawiającego potwierdzający, że „proces, w którym brał udział, zakończył się powodzeniem rozumianym jako osiągnięcie założonych przez Zamawiającego/Inwestora wskaźników produkcji biogazu w komorze”. Tymczasem Control Process w odniesieniu do wskazanej osoby przedstawił jedynie oświadczenie firmy Strabag, która zatrudnia danego eksperta, że osoba ta osiągnęła

złożone wyniki pracując na podanych instalacjach, co bezspornie nie odpowiada wymogowi Zamawiającego i nie potwierdza spełnienia warunku w tym zakresie, a tym samym - również uzasadnia konieczność wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w tym zakresie. Niezależnie od zarzutów dotyczących wykluczenia, Odwołujący wskazuje również, że w ofercie wybranego Wykonawcy brak jest wypełnionego zał. nr 9 do IDW - SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przezeń oferty w wyniku rzekomego nieuzupełnienia dokumentów na skutek bezprawnego i bezzasadnego wezwania do ich uzupełnienia, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 28.12.2012 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących aktualnej informacji z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp, potwierdzających niekaralność p. M..... A..... H..... L....., będącego członkiem Zarządu Mostostal Warszawa S.A. oraz do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia wobec Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Hiszpanii jako podmiotu udostępniającego potencjał. Na odpowiedź Zamawiający wyznaczył termin do dnia 04.01.2013 r. do godz. 12.00. Odwołujący w dniu 03.01.2013 r. udzielił Zamawiającemu pisemnej odpowiedzi, w której wskazał na bezprawność i całkowitą bezzasadność wezwania, tym bardziej że w złożonej przezeń ofercie znajdowały się sporne dokumenty. Odnosząc się do części wezwania dotyczącej rzekomego braku dokumentu dla p. M..... A..... H..... L....., będącego członkiem Zarządu Mostostal Warszawa S.A., Wykonawca wyjaśnił, że osoba ta

25

ma miejsce zamieszkania w Hiszpanii, a zatem zgodnie z przepisami § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia oraz wymogami pkt E.2 cz. VI SIWZ, winno się dla niej przedstawić dokument wystawiony przez właściwy hiszpański organ, którym w tym przypadku jest Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie, co Odwołujący uczynił składając w ofercie właściwe zaświadczenie tego organu w j. hiszpańskim z dnia 10.12.2012 r. wraz z jego tłumaczeniem na j. polski (str. 73 - 76 oferty). Z zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych jednoznacznie wynika, że na dzień jego wystawienia w Bazie Danych Centralnego Rejestru Skazanych nie figurują jakiegokolwiek dane o karalności p. M..... A..... H..... L..... oraz że zaświadczenie to wystawione jest wyłącznie dla celów uczestnictwa w przetargach publicznych w Polsce. Na marginesie wskazujemy, że dokument wystawiany przez organ zagraniczny nie musi wprost odzwierciedlać brzmienia przepisu polskiej Pzp. Nie ulega jednak wątpliwości, że skoro potwierdza on niekaralność w pełnym zakresie bezspornie winien zostać uznany przez Zamawiającego jako spełniający wymóg SIWZ. Analogicznie Odwołujący wyjaśnił rzekomy brak w ofercie dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do podmiotu udostępniającego Wykonawcy potencjał w trybie art. 26 ust. 2 lit. b Pzp (Acciona Infraestructuras S.A.). Odwołujący w piśmie z 03.01.2013 r. wyjaśnił, bowiem, że potwierdzenie spełnienia powyższego wymogu wynika z wydanego w dniu 15.11.2012 r. zaświadczenia o niekaralności Acciona Infraestructuras S.A. wydanego przez Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie, którego kopia wraz z tłumaczeniem na j. polski znajduje się na str. 129 - 132 oferty. Powyższy Rejestr jest odpowiednikiem polskiego KRK, a zaświadczenie zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia potwierdza odpowiednio nieorzeczenie wobec Acciona Infraestructuras S.A. zakazu ubiegania się o zamówienie. Powyższe zaświadczenia hiszpańskiego organu wraz z ich tłumaczeniami, które zostały złożone w ofercie, winny zostać przez Zamawiającego uznane za w pełni wystarczające, a tym samym - potwierdzające spełnienie wymagań art. 22 ust. 1 oraz § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia. Niezależnie jednak od zawartych w piśmie z 03.01.2012 r. wyjaśnień, Odwołujący z uwagi na charakter wezwania - pomimo jego bezzasadności, uzupełnił wymagane dokumenty (vide: załączniki do pisma Wykonawcy), choć w świetle obowiązującego orzecznictwa w przypadku takiego wezwania - nie musiało ono determinować dokonania uzupełnienia. Przywołuje wyrok z dnia 21.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1269/08, KIO/UZP 1271/08. Nie ulega zatem również wątpliwości, że Odwołujący poprzez swoje czynne działania, polegające na udzieleniu pisemnych wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w dniu 03.01.2013 r. bezspornie dokonał czynności faktycznej uniemożliwiającej ziszczenie się przesłanki zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust.

w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4 a Pzp. W myśl powołanego przepisu Kc niedopuszczalne jest bowiem czynienie ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego, co w tym przypadku oznaczałoby bezprawne wykorzystywanie przez Zamawiającego trybu art. 26 ust. 3 Pzp jako instrumentu służącego eliminowaniu podmiotów uczciwie ubiegających się o zamówienie i bezpodstawnym narażaniu ich na ewidentną stratę finansową poprzez bezprawne zatrzymanie wadium. Takie działanie Zamawiającego rażąco narusza zresztą także naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zwrócił uwagę, że Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie mógł skorzystać z trybu wyjaśnień zarówno na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (wobec Wykonawcy), jak również na podstawie § 4 ust. 4 Rozporządzenia, zwracając się do właściwych organów odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, czego w tym przypadku nie uczynił. Podkreślił, że za całkowicie błędne należałoby w tej sytuacji uznać przedstawianie oświadczeń składanych przed notariuszem, które zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia mogą być składane jedynie w zastępstwie dokumentu wydawanego przez właściwy w danym państwie organ, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 powołanego Rozporządzenia. Nie ulega więc wątpliwości, co zostało potwierdzone licznym orzecznictwem KIO, że zaspokojenie żądania Zamawiającego w zakresie informacji ujętych w przedstawionych przez Odwołującego dokumentach wydanych przez Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie zarówno w odniesieniu od osoby fizycznej mającej miejsce zamieszkania w Hiszpanii jak i Acciona Infraestructuras S.A. jako podmiotu zbiorowego, nastąpiło już w ofercie złożonej w postępowaniu, a wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było ze strony Zamawiającego działaniem całkowicie bezzasadnym. Dokumenty te jako wydawane przez właściwy organ odpowiednio potwierdzają bowiem zarówno niekaralność osoby fizycznej jak i brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie w postępowaniu wobec podmiotu zbiorowego udostępniającego swój potencjał. Na marginesie wskazujemy też, że zarówno w odniesieniu do Mostostal Warszawa S.A. jako Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie jak i wobec Acciona Infraestructuras S.A. - w ofercie przedstawione zostały zgodnie z zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wymogiem oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, które sporządzono zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego w załączniku nr 5 do SIWZ - IDW, co w związku z zaistniałą sytuacją tym bardziej budzi zdziwienie Odwołującego. Pomimo otrzymania w dniu 03.01.2012 r. odpowiedzi na wezwanie, zawierającej wyjaśnienia i uzupełnienie

dokumentów złożonych w ofercie, Zamawiający mimo wszystko dokonał wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz odrzucenia złożonej przezeń oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, wskazując na brak uzupełnienia wyżej wymienionych dokumentów oraz informując jednocześnie o wszczęciu procedury zatrzymania wadium. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego i wskazuje, że winien on uznać złożone w ofercie dokumenty za całkowicie wystarczające i wypełniające wymóg dokumentacyjny Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz § 4 ust. 1 i 2 i § 2 ust. 2 Rozporządzenia. Brak jest tym samym podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp i w konsekwencji odrzucenia złożonej przezeń oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, a tym bardziej zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a Pzp. Odwołujący wskazał, ponadto, że podniesione w odwołaniu naruszenia Pzp i innych przepisów prawa obowiązującego mają wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Na skutek dokonania przez Zamawiającego czynności bezprawnego wezwania do uzupełnienia, pomimo udzielenia przez Odwołującego w dniu 03.01.2012 r. odpowiedzi, zawierającej stosowne wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentów, Zamawiający dokonał wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia złożonej przezeń oferty w dniu 04.01.2012 r.,

informując jednocześnie o zastosowaniu rygoru zatrzymania wadium w postępowaniu. Ponadto, dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, naruszając tym samym zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 15.01.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Comsa Emte zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 17.01.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej CONTROL PROCESS S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.01.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

28

Zamawiający stwierdził, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego dotyczący wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Control Process S.A. oraz zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy i odrzucenia złożonej przezeń oferty. Zamawiający uznał warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony na podstawie referencji wystawionych dla inwestycji z poz. 1 i 3 wykazu robót. Referencje wystawione dla inwestycji Nr 2 z wykazu robót, nie stanowiły podstawy do uznania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia z uwagi na fakt, że wystawione przez Inwestora (MEAB) referencje nie zawierały informacji, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone lub innych informacji mogących świadczyć o należyтым wykonaniu zamówienia. Wykonawca co prawda uzupełnił ofertę o oświadczenie pełnomocnika firmy Strabag Umweltanlagen GmbH, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, jednakże oświadczenie Wykonawcy nie mogło zostać uznane ponieważ nie zostało wystawione przez właściwy podmiot-Inwestora/Użytkownika, czy też Operatora (MEAB) przedmiotowej inwestycji. Zgodnie z przedstawionymi referencjami wystawionymi przez MEAB - Markische Entsorgungsanlagen - Betriebsgesellschaft GmbH (MEAB) instalacja MBA Schoneiche została zrealizowana w latach 2004 - 2008, natomiast zakończenie prac i odbiór instalacji datowano na 06.01.2009. W związku z powyższym Zamawiający nie kwestionował daty podanej w wystawionych referencjach. Odwołujący wskazał, że w przypadku inwestycji ujętych w poz. 2 i 3 nie doszło do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w trakcie oceny oferty Control Process S.A. uznał, iż w przypadku inwestycji ujętej w poz. Nr 2 wykazu robót (zał. nr 8) nie doszło do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia; co jest zbieżne ze stanowiskiem Odwołującego. Zamawiający oceniając spełnienie warunku oparł się na referencjach wydanych przez Miejskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych w Brześciu (poz. nr 1 w zał. nr 8) oraz na referencjach wydanych przez Hornillos Obra U.T.E. Control Process S.A. w zał. nr 8 w poz. 3 jako odbiorcę wskazał Hornillos Obra U.T.E. Zamawiający opierając się na danych ze stron: http://www.emtre.es/ent_hornillos.php oraz www.emtre.es/valenciano/actual_hornillos.php#datos_tecnicos-tab przyjął referencje jako właściwe. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że roboty wykazane w poz. 1 i 3 potwierdzają spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.

Odnosnie zarzutów, co do pokazanego w ofercie Control Proces S.A. potencjału kadrowego wyjaśniamy, iż Zamawiający bazował wyłącznie na wypełnionym przez Wykonawcę zał. nr 6 do SIWZ - IDW „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”. Jest to oświadczenie wypełnione przez Wykonawcę zgodnie ze wzorem Zamawiającego. Obowiązujące przepisy zakazują żądania od Wykonawcy dodatkowych dokumentów potwierdzających zapisy w zał. nr 6. Odnosnie zarzutów, co do braku

29

„Protokołu potwierdzającego, że proces w którym brał udział zakończył się powodzeniem rozumianym jako osiągnięcie założonych przez Zamawiającego/Inwestora wskaźników produkcji biogazu w komorze”; Zamawiający wyjaśnia, iż w udzielonych odpowiedziach (Wyjaśnienia treści SIWZ Nr 2 z 15.11.2012 r. pyt. 116) Zamawiający odstąpił od wymogu konieczności załączenia do oferty ww. protokołu. W związku z powyższym zmodyfikowano odpowiednio treść zał. Nr 6, usunięto zdanie o konieczności dołączenia ww. dokumentu. Odnosnie zarzutów Odwołującego o braku wypełnionego zał. nr 9 do SIWZ - IDW „Opis kryteriów oceny ofert”. Jak sama nazwa wskazuje załącznik miał służyć jedynie do szczegółowego opisu poszczególnych kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie wymagał w SIWZ – IDW wypełnienia ww. załącznika. Tożsame informacje są zawarte w Formularzu ofertowym – zał. nr 1 do SIWZ - IDW, który został wypełniony przez każdego Oferenta.

Wskazał, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż niedopuszczalne było wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności członka Zarządu Mostostal Warszawa S.A. – p. M..... A..... H..... L.....; co w konsekwencji, przy braku poprawnego uzupełnienia oferty, doprowadziło do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. W Rozdz. VII SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia w zakresie wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednym z wymaganych dokumentów była aktualna informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W punkcie tym znajdowała się również poczyniona przez Zamawiającego uwaga, iż w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, osoby o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp mające miejsce zamieszkania poza terytorium RP, mają złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące ich niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku zaś, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób. Z miejscem zamieszkania osoby fizycznej łączy się wiele istotnych następstw prawnych. Zasady, według których ustala się miejsce zamieszkania osoby fizycznej zawarte są w kc, w art. 25 do 28. Zgodnie z ujętymi tam regulacjami, miejscem zamieszkania jest miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Do ustanowienia miejsca pobytu niezbędne jest zaistnienie kumulatywnie dwóch przesłanek: zewnętrznej, tj. faktycznego przebywania w danym miejscu i wewnętrznej, czyli woli stałego pobytu. Również do utraty dotychczasowego miejsca zamieszkania konieczne jest spełnienie

30

tych dwóch przesłanek, czyli zerwanie faktycznej łączności z daną miejscowością z odpowiednim zamiarem. Nieobecność fizyczna, nawet długotrwała, nie świadczy o zmianie miejsca zamieszkania, jeżeli nie towarzyszy jej odpowiedni zamiar. Osoba fizyczna, zgodnie z brzmieniem art. 28 kc, może mieć tylko jedno miejsce zamieszkania. W zakres miejsca zamieszkania nie wchodzi w znaczeniu kodeksowym konkretny adres. Od miejsca zamieszkania odróżnić należy tzw. pojęcie zameldowania. O zamieszkaniu decydują przesłanki faktyczne, zaś o zameldowaniu - dokonanie określonych czynności o charakterze administracyjnoprawnym. Samo zameldowanie nie przesądza w takim razie o miejscu zamieszkania. Można jednakże uprawdopodobnić, iż w miejscowości, w której dana osoba fizyczna jest zameldowana, ma ona także miejsce zamieszkania. Zamawiający sprawdzając złożoną ofertę stosując zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oceniał ofertę Mostostal Warszawa S.A. jako podmiotu krajowego. Z żadnych dokumentów nie wynika, że p. M..... A..... H..... L..... zamieszkuje w Hiszpanii. Zamawiający nie może sprawdzając poprawność złożonych dokumentów sugerować się obco brzmiącym nazwiskiem. Zamawiający nie miał wątpliwości, że urzędujący członek zarządu podmiotu krajowego zamieszkuje na terytorium RP z zamiarem stałego pobytu. Odbywanie okresowych podróży biznesowych, nawet długotrwałych, lub posiadanie lokali w różnych krajach nie może świadczyć o wyrażeniu woli zmiany miejsca zamieszkania. Dlatego też Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że p. M..... A..... H..... L.....

winien złożyć aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8. Gdyby Zamawiający przyjął argumenty Odwołującego dotyczące, iż członek zarządu podmiotu krajowego przebywa na stałe w Hiszpanii i w związku z powyższym winien przedstawić zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, a tego w poprawny sposób nie uczynił. Hiszpańskie zaświadczenie nie spełnia ustawowych warunków w zakresie udokumentowania wymogu opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na zakres przedmiotowy, jaki obejmują, w stosunku do katalogu przestępstw opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 8. Bezsporne jest, iż w Królestwie Hiszpanii Ministerstwo Sprawiedliwości w Madrycie wydaje się dokument pod nazwą "*zaświadczenie niekaralności*", natomiast kwestią wymagającą ustalenia jest zakres przestępstw nim objęty jako decydujący w kontekście możliwości uznania tychże zaświadczeń za spełniające wymagania przepisów prawa polskiego. Zgodnie z treścią obowiązującego w Królestwie Hiszpanii Dekretu 95/2009 w Centralnym Rejestrze Skazanych rejestrowane są w szczególności dane osoby skazanej, dane organu sądowego, który wydał orzeczenie skazujące wraz z danymi dotyczącymi tego orzeczenia, rodzaj popełnionego czynu oraz orzeczoną karę. Uprawnionym do uzyskania zaświadczenia negatywnego z Centralnego Rejestru Skazanych jest osoba, której dane dotyczą, a także organy sądowe i

31

prokuratura. Podkreślenia wymaga fakt, iż zaświadczenie wydawane na wniosek osoby zainteresowanej nie zawiera danych dotyczących popełnienia przez niego czynów zagrożonych tzw. karą lekką (art. 17 ust. 6 Dekretu). Obowiązujący w Królestwie Hiszpanii Kodeks Karny (CP), wprowadzony Ustawą Organiczną 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r., przewiduje podział kar na kary ciężkie, mniej ciężkie i lekkie (art. 33 CP). Podstawą natomiast do nałożenia określonego rodzaju kary jest zakwalifikowanie danego czynu zabronionego jako przestępstwa ciężkiego (zbrodnia), mniej ciężkiego (występek) bądź wykroczenia. Kary lekkie obejmują m.in. grzywnę od 10 dni do 2 miesięcy (przy stawce dziennej od 2 do 400 euro), stałą lokalizację od 1 dnia do 3 miesięcy, czy pozbawienie prawa do kierowania pojazdami silnikowymi lub motorowerem od 3 miesięcy do 1 roku. Niektóre czyny stanowiące wykroczenia wedle prawa hiszpańskiego, zgodnie z prawem polskim uznawane są za przestępstwa. Zgodnie z polskim Kodeksem wykroczeń, wykroczenie stanowi czyn zagrożony karą aresztu w wymiarze od 5 do 30 dni, ograniczenia wolności w wymiarze 1 miesiąca, grzywny w wymiarze od 20 do 5.000 zł (chyba że ustawa stanowi inaczej), a wykroczeniem skarbowym jest czyn zagrożony karą grzywny określoną kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu zabronionego nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia, a także inny czyn zabroniony, jeżeli kodeks tak stanowi. Przykładowo więc czyn polegający na wyłudzeniu pieniędzy z funduszy unijnych o wartości nieprzekraczającej 50.000 euro zagrożony jest karą grzywny od 1 miesiąca do 2 miesięcy, na mocy art. 628 w zw. z art. 309 CP, stanowi zgodnie z prawem hiszpańskim wykroczenie i jako czyn zagrożony karą lekką nie jest uwidaczniany w zaświadczeniu wydawanym z Centralnego Rejestru Skazanych wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, zgodnie natomiast z polskim Kks powyższy czyn traktowany jest jako przestępstwo skarbowe. Zatem czyn traktowany przez prawo hiszpańskie jako wykroczenie, w prawie polskim może być uznawany za przestępstwo, co skutkuje prawdopodobieństwem nieobjęcia zakresem zaświadczenia wydawanego z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych wszystkich informacji o przestępstwach w rozumieniu prawa polskiego, w szczególności w zakresie czynów zabronionych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zaświadczenia wydawane z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych na wniosek osoby zainteresowanej nie obejmują informacji dotyczących popełnienia czynów zagrożonych karą lekką, mimo że widnieją w tym rejestrze. Istotną kwestią stanowiącą o braku tożsamości pomiędzy treścią przedmiotowych zaświadczeń jest termin zatarcia skazania, bowiem art. 136 CP przewiduje, iż zatarcie skazania następuje z upływem: 6 miesięcy w przypadku kar lekkich, 2 lat w przypadku kar nieprzekraczających 12 miesięcy i orzeczonych w związku z przestępstwami popełnionymi nieumyślnie, 3 lat w przypadku pozostałych kar mniej ciężkich, 5 lat w przypadku kar ciężkich. Za początek

32

biegu terminu zatarcia skazania uznaje się dzień następujący po dniu wygaśnięcia kary, a w przypadku jej warunkowego zawieszenia od dnia, który nastąpiłby po dniu wygaśnięcia kary, gdyby została ona wykonana. Natomiast art. 107 polskiego Kk przewiduje znacznie dłuższe terminy ustawowe: 10 lat w razie skazania na karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, 5 lat w razie skazania na karę grzywny albo karę ograniczenia wolności i 5 lat na wniosek skazanego, jeżeli skazany w tym okresie przestrzegał porządku prawnego, a wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekracza 3 lat. Zatarcie skazania za czyn ujawniony w Centralnym Rejestrze Skazanych oznacza, zgodnie z art. 19 Dekretu 95/2009, iż dane dotyczące czynu, za którego odpowiedzialność karna wygasła, nie będą już ujawniane w zaświadczeniu wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, dostęp do tych informacji mają jedynie hiszpańskie sądy i trybunały. Zatem zakres informacji umieszczanych w Centralnym Rejestrze Skazanych nie odpowiada zakresowi informacji uzyskiwanemu z polskiego Krajowego Rejestru Karnego i zakresowi wskazanemu w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, wobec czego przedstawienie zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych nie można uznać za spełnienie warunku wynikającego z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wątpliwości budzi także sam okres ważności zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych, gdyż obowiązujące przepisy Dekretu 95/2009 nie regulują kwestii ważności tego zaświadczenia, wobec czego każde z zaświadczeń zawiera zapis stanowiący, iż zaświadczenie niniejsze odzwierciedla stan dotyczący osoby zainteresowanej na dzień jego wystawienia. Przy braku urzędowego zaświadczenia albo gdy, zgodnie z art. 45 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, dokumenty lub zaświadczenia wydane poza granicami RP nie obejmują zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, mogą być zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. W związku z powyższym skoro zakres hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności nie jest tożsamy z informacją z KRK RP w zakresie przestępstw wymienionych enumeratywnie w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, koniecznym jest złożenie przez Wykonawców stosownych oświadczeń członków zarządu. Takiego oświadczenia p. M. A. H. L. nie przedstawił. Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż niedopuszczalne było wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia wadliwego dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia wobec spółki Acciona Infraestructuras S.A. zakazu ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji doprowadziło do braku poprawnego uzupełnienia oferty, wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Bezspornym faktem jest, że przedmiotowy dokument wystawiony przez Centralny Rejestr Skazanych w Madrycie nie

zawierał informacji o braku orzeczenia dotyczącego zakazu ubiegania się o zamówienie wobec spółki Acciona Infraestructuras S.A.

Zamawiający zgodnie z art. 4 § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu uzyskania pewności co do poprawności przedstawionych dokumentów zwrócił się do właściwych organów odpowiednio kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, tj. Ambasady Hiszpanii w Warszawie. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację z dwóch źródeł, o treści. Zamawiający powołał się na fragment maila podpisany przez Panią K. F. - ANALISTA DE MERCADO EMBAJADA DE ESPAÑA EN VARSOVIA OFICINA ECONOMICA Y COMERCIAL i przytoczył treść tak jak w odpowiedzi na odwołanie KIO 33/13. Jednocześnie została przesłana Zamawiającemu przez Ambasadę Hiszpańską w Warszawie opinia prawna wystawiona przez Kancelarię Prawną Garrigues Polaka i Pablo Olabarri Gortazar sp. k. pn.: DOKUMENTY WYMAGANE OD WYKONAWCY

W W POLSCE. HISZPAŃSKIEGO PROCEDURZE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

W przywołanym dokumencie określony jest sposób wykazania się o braku orzeczenia dotyczącego zakazu ubiegania się o zamówienie pkt 2.1.5. Przywołano treść, tak jak w odpowiedzi na odwołanie KIO 33/13. Porównując treść opinii i ofertę Odwołującego jednoznacznie wynika, że dokument podmiotu udostępniającego potencjał (Acciona Infraestructuras S.A.), potwierdzającego brak orzeczenia wobec tej spółki zakazu ubiegania

się o zamówienia jest wadliwy. W takiej sytuacji jedynym słusznym działaniem Zamawiającego było wezwanie do uzupełnienia oferty Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp., co też Zamawiający uczynił. Dlatego biorąc pod uwagę powyżej przytoczone argumenty, Zamawiający słusznie uczynił wykluczając Odwołującego z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt.4; a w konsekwencji odrzucając ofertę Odwołującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5. Zamawiający stwierdził także, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu. Przywołał opinie PZP: „Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych” dostępna na stronie internetowej:

http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;981;zatrzymanie_wadium_na_podstawie_art_46_ust_4a_ustawy_-_prawo_zamowien_publicznych..html

Zamawiający zgodnie z Pzp i opinią Prezesa UZP uznał, że skoro Odwołujący się nie uzupełnił w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów, to zachodzi przesłanka do bezwzględnego zatrzymania wadium. W rozpatrywanym stanie faktycznym, Odwołujący uzupełnił dokumenty na dokładnie takie same jak znajdowały się już w złożonej ofercie

34

czyli wadliwe. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp nie może być jednak przesłanką do uwzględnienia odwołania, z uwagi brak istotnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Decyzja o zatrzymaniu wadium pozostaje bowiem bez wpływu na wynik postępowania, a tylko w takiej sytuacji, zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 2 Pzp, Izba zobowiązana jest do uwzględnienia odwołania.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 - Konsorcjum Comsa Emte:

W dniu 14.01.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum Comsa Emte wniosło odwołanie od czynności wykluczenia z dnia 04.01.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.01.2013 r. (faxem). Stwierdził, że składa odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 04.01.2013 r., tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty; czynności Zamawiającego z dnia 04.01.2013 r. w postaci zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu oraz czynności Zamawiającego z dnia 04.01.2013 r. w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Control Process S.A. Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 46 ust. 4a Pzp oraz innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania poprzez błędne przyjęcie, iż zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego, odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium w sytuacji kiedy Odwołujący złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w pkt 1) powyżej, zarzucił naruszenie:
- 2) art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 5 Kc poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu. Ponadto zarzucił naruszenie:
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca Control Process złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie:
 - a) gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego;
 - b) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche;
 - c) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Pobiet w Walencji (Hiszpania);
 - d) wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche; co miało istotny wpływ na wynik Postępowania.
- 4) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Control Process w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez

35

wskazanego wykonawcę referencji dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu

Przetwarzania Odpadów w Brześciu (Białoruś). W związku z powyższym wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty a w konsekwencji unieważnienie czynności zatrzymania wadium;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej wnosił alternatywnie o:
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu. Ponadto wnosił o: 1. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Control Process i odrzucenie na tej podstawie jego oferty, 2. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w postępowaniu niepodlegających odrzuceniu.

Odnosnie zarzutu z pkt 1) treści *petitum*. W zarysowanym powyżej stanie faktycznym, należy w pierwszej kolejności podnieść, iż Odwołujący załączył do swojej oferty wszelkie wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczy wyłącznie tego czy z treści załączonej przez Odwołującego referencji dla konkretnego projektu (ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie) wynikało, iż roboty budowlane przy jego realizacji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie budzi wątpliwości fakt, iż dokument, który został przedłożony w postępowaniu przez Odwołującego w sposób wyraźny wskazywał, że przedmiot umowy (na wykonanie której przedłożone zostały referencje) został uruchomiony w dniu 15.07.2011 r., a także, iż zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie niezbędne usługi w tym celu. Z powyższego, w sposób logiczny wynika, iż pomimo nieużycia wprost wyrażenia, którego domagał się Zamawiający, dokument ten potwierdzał wskazane okoliczności, a zatem stanowił potwierdzenie, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż przedmiotowy dokument został wystawiony w dniu 10.10.2012 r., przy czym zakład przetwarzania odpadów został uruchomiony w dniu 15.07.2011 r. Z powyższego wynika, iż skoro w dacie wystawienia referencji, a zatem blisko rok od oddania do eksploatacji przedmiotu zamówienia, nie zostały wykazane jakiegokolwiek usterki uniemożliwiające wydanie referencji, to należy zakładać, iż roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo. W celu wykazania słuszności twierdzeń Odwołującego należy także wskazać, iż Odwołujący składając referencje dotyczące projektu ECOPARC DE

36

BARCELONA S.A. w Barcelonie spełnił wymóg potwierdzenia należytego wykonania robót zgodnie z SIWZ a także § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. W tym kontekście, zarówno zapis w SIWZ jak i przywołany przepis Rozporządzenia wskazują, że potwierdzeniem wykonania robót jest (jakiegokolwiek) dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Oczywiście jest, że w sytuacji kiedy we wskazanym dokumencie referencji zostałoby użyte wprost sformułowanie z Rozporządzenia, Zamawiający nie miałby żadnych wątpliwości co do prawidłowości przedstawionego dokumentu. Należy jednak jednoznacznie wskazać, że użycie innych sformułowań (np. takich, którymi posłużono się w przedmiotowych referencjach) na potwierdzenie wykonania robót nie dyskwalifikuje dokumentu co do skuteczności celu jego wystawienia. Taki wniosek wypływa *expressis verbis* z ugruntowanego orzecznictwa, m.in. z uzasadnienia do wyroku KIO z dnia 30.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1992/11, KIO 2004/11. Wniosek taki należy uznać za słuszny, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż referencje są wystawiane przez osoby trzecie w stosunku do wykonawcy. Przywołał wyrok KIO z dnia z dnia 12.04.2011 r., sygn. akt: KIO 694/11. Narzucenie podmiotowi wystawiającemu referencje konkretnej ich treści lub formy nie jest zatem w większości przypadków możliwe. Przywołał wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 23.10.2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12. Co więcej, narzucanie konkretnej treści referencji należy uznać za niewskazane, biorąc pod uwagę charakter dokumentu referencji i cel jakiemu dokument ten ma służyć. Celem tym jest wyłącznie potwierdzenie - w sposób obiektywny - należytego wykonania danej umowy (wyrok KIO z dnia 19.04.2011 r., sygn. akt: KIO 700/11). W świetle powyższych rozważań przyjął, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki niezbędne do

zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, które pozwalałyby na wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą w sposób wystarczający potwierdzały spełnienie warunków udziału Odwołującego w postępowaniu. Tym samym, Odwołujący złożył w swojej ofercie wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu a Zamawiający zobowiązany był je należycie ocenić.

Przyjmując błędne założenie o niezłożeniu przez Odwołującego dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie, Zamawiający w dniu 28.12.2012 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. W tym miejscu należy jeszcze raz zaznaczyć, że Zamawiający nie był do tego uprawniony. Obecne brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp pozwala bowiem na wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jedynie w razie ich niezłożenia. Nawet przyjmując założenie, iż zdaniem Zamawiającego z treści przedłożonego dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie nie wynikało w sposób jednoznaczny, że projekt ten został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony (z czym Odwołujący się nie zgadza)

37

to biorąc pod uwagę, że przedmiotowy dokument został złożony (co pozostaje poza wszelkimi wątpliwościami), a Zamawiający powziął określone co do jego treści wątpliwości to zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wystąpić do Odwołującego o uzyskanie stosownych wyjaśnień. Należy uznać, że żądanie wyjaśnień we wskazanym trybie może dotyczyć także dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a zatem znajduje zastosowanie do dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie. Tezę o konieczności zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp (zamiast art. 26 ust. 3 Pzp) w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym potwierdza także orzecznictwo KIO, w szczególności wyrok z dnia 07.02.2012 r., sygn. akt: KIO 197/12, wyrok z dnia 04.04.2012 r., sygn. akt: KIO 570/12 oraz wyrok z dnia 16.03.2012 r., sygn. akt: KIO 438/12). W nawiązaniu do powyższego, należy zaznaczyć, że Zamawiający wskazując jako podstawę prawną swojego żądania art. 26 ust. 3 Pzp dopuścił się jego naruszenia. Oprócz tego naruszył także przepis art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie. W opisanej sytuacji Odwołujący mógł zinterpretować wezwanie Zamawiającego jako wezwanie do złożenia wyjaśnień (wyrok KIO z dnia 13.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1006/09). Istotnym z punktu widzenia dalszych czynności podejmowanych przez strony w Postępowaniu jest to, że tryb wyjaśnień pozwalał Odwołującemu na posłużenie się w komunikacji z Zamawiającym drogą faksową (co przewidywała wprost SIWZ w cz. VII). W konsekwencji należy uznać, że doręczone Zamawiającemu faksem dokumenty w dniu 04.01.2013 r. zostały skutecznie doręczone. Wskazują na to nie tylko odpowiednie postanowienia SIWZ - w szczególności Rozdz. VII pkt 5 dopuszczający możliwość porozumiewania się z wykonawcami, faksem, ale także ogólne zasady prawa cywilnego. W tym kontekście, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z odesłaniem z art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kc, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jak wskazuje na to orzecznictwo SN przepisy Kc należy w tym zakresie stosować wprost a nie odpowiednio (wyrok SN z dnia 22.04.2010 r., sygn. akt: V CSK 321/09). W świetle powyższego, zaznaczyć, że działania Odwołującego podjęte w toku postępowania (doręczenie wymaganych dokumentów faksem) umożliwiły Zamawiającemu, zgodnie z art. 61 § 1 Kc, zapoznanie się z treścią wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzeniem faktu, iż Zamawiający miał faktyczną możliwość zapoznania się z treścią wymaganych dokumentów wskazujących na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w określonym przez niego terminie jest potwierdzenie transmisji danych (faks). Na poparcie tego stwierdzenia wskazuje również pośrednio orzecznictwo KIO, w szczególności wyrok z dnia 29.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1963/10. W związku z powyższym, przesłanka wskazana w art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp uprawniająca do wykluczenia wykonawców z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu nie

38

powinna znaleźć zastosowania do zaistniałego stanu faktycznego. Uzupełniając zaznaczyć, że Zamawiający, który otrzymał informację, która obiektywnie rzecz ujmując, powinna pozbawić go wątpliwości w zakresie dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE

BARCELONA S.A. w Barcelonie, zobowiązany był przystąpić do czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Powyższe jest uzasadnione tym, iż nawet jeżeli Zamawiający niesłusznie zastosował tryb z art. 26 ust. 3 Pzp (wezwanie do uzupełnienia dokumentów) to otrzymane faksem informacje w sposób bezsporny wskazywały, iż (i) dokument nie powinien podlegać uzupełnieniu (bo został prawidłowo złożony) a (ii) ew. wątpliwości co do wykazania, że roboty dla wskazanego projektu zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zostały wyjaśnione. Nie było zatem zasadnym wykluczenie Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Podsumowując podkreślił, iż Odwołujący załączył do swojej oferty wszelkie niezbędne dokumenty wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu. W związku z powyższym, Zamawiający powinien (bez wzywania Odwołującego) przystąpić do merytorycznej oceny oferty Odwołującego. Błędne działania Zamawiającego w zakresie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie mają wpływu na ocenę jego bezzasadnej decyzji dotyczącej wykluczenia Odwołującego i odrzucenia na tej podstawie jego oferty a tym bardziej nie mogą stanowić podstawy do usprawiedliwienia wskazanych naruszeń.

Bez względu jednak na naruszenie przez Zamawiającego uprawnienia do wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 Pzp (niezastosowania trybu uzyskiwania wyjaśnień z art. 26 ust. 4 Pzp), i bez względu na fakt, iż okoliczności te pozostają bez wpływu na negatywną ocenę bezprawnej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, wskazywał także na konkretne naruszenia przepisów Pzp już w ramach samego wezwania. Zamawiający nie był uprawniony aby w sposób bezprawny ograniczać zakres form w jakich Odwołujący mógł uzupełnić żądany dokument. Zgodnie z treścią § 6 ust. 1 Rozporządzenia *in principio*, dokumenty [w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego] są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ustawodawca dopuszcza zatem możliwość równorzędnego stosowania tych dwóch form. Tymczasem, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 28.12.2012 r. Zamawiający bezprawnie ograniczył możliwość posłużenia się przez Odwołującego formą kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem i wskazał wprost, że: „*braki w ofercie należy uzupełnić w formie pisemnej*”. Należy wyjaśnić, iż zakres pojęciowy określenia „*forma pisemna*” niekoniecznie musi obejmować formę kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Do takiego wniosku prowadzi analiza orzecznictwa KIO powstałego na gruncie analizy pojęcia „*formy pisemnej*” z art. 26 ust. 2b Pzp, który posługuje się pojęciem „*pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego*”. Przywołał wyrok z dnia 08.03.2011 r.

39

w sprawie o sygn. KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11. W wezwaniu Odwołującego z dnia 28.12.2012 r. Zamawiający wskazał zbyt krótki okres na uzupełnienie żądanych dokumentów. Termin ten upływał w dniu 04.01.2013 r. a zatem Odwołujący miał jedynie 5 dni roboczych na uzyskanie żadanego dokumentu. W związku z przekazaniem rzeczowego wezwania w tzw. „*okresie świąteczno-noworocznym*” oraz z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w Postępowaniu w tym okresie, Odwołujący zwrócił się z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Uzupełniając należy stwierdzić, iż art. 26 ust. 3 Pzp nie zawiera konkretnego terminu, w ciągu którego wykonawcy zobowiązani są odpowiedzieć na wystosowane do nich wezwanie. W związku z powyższym, kompetencje do określenia takiego terminu posiada zamawiający. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim, termin ten powinien być rozsądny - czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania, tj. pozyskać lub skompletować dokumenty będące przedmiotem uzupełnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie i czasie do zamawiającego. Przywołał wyrok KIO z dnia 29.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2700/10. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż wezwanie do przedłożenia dokumentów Zamawiający doręczył, co było już wskazywane w treści niniejszego uzasadnienia, w okresie tzw. „*świąteczno-noworocznym*”. Powyższe może bowiem stanowić okoliczność obiektywną mogącą wpływać na możliwość dotrzymania wyznaczonego przez Zamawiającego terminu (wyrok KIO z 05.01.2012 r., sygn. KIO 2765/11. Wskazał, że uzupełnienie żadanego dokumentu zgodnie z treścią wezwania z dnia 28.12.2012 r. wymagało partycypacji osób trzecich - tj. podmiotu, który wystawił referencję dla Comsa Medioambiente, a zapewnienie takiego udziału w świetle okoliczności

przedstawionych powyżej (zbyt krótki czas, okres „świąteczno-noworoczny”) przez Odwołującego było okolicznością od niego niezależną. W ramach bezzasadnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, naruszeniem ze strony Zamawiającego było także negatywne ustosunkowanie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów. Należy jednak zaznaczyć wyraźnie, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny biorący udział w Postępowaniu, działając z należytą starannością jeszcze tego samego dnia kiedy otrzymał przedmiotowe wezwanie zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów, gdyż wiedział, iż wyjście naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego może być trudne. Powyżej opisana czynność Odwołującego została zatem podjęta w zaufaniu do Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołał wyroku KIO z dnia 20.05.2011 r., sygn. akt: KIO 959/11. Odwołujący nie powinien

40

ponosić negatywnych konsekwencji niesłusznej decyzji Zamawiającego, który uznał, że niezasadne jest przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów.

Odnośnie zarzutu z pkt 2) treści *petitum*. Wobec argumentacji zawartej w odniesieniu do pkt 1) treści *petitum* należy zaznaczyć, że w niniejszej sprawie nie zaistniały do przez przesłanki zatrzymania wadium wniesionego Odwołującego w postępowaniu. Uzasadnieniem dla powyższego, jest fakt, iż Odwołujący już od samego początku dołączył do oferty wszelkie wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Następnie, pomimo bezzasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA, S.A. w Barcelonie, Odwołujący wyszedł naprzeciw dorozumianej intencji Zamawiającego przedłożenia wyjaśnień i skutecznie doręczył je faksem w dniu 04.01.2013 r. W związku z powyższym, czynność zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp pozostaje nieważna. Na wypadek jednak, gdyby Izba nie uznała słuszności zarzutu wskazanego w pkt 1) treści *petitum*, Odwołujący przedstawia poniżej swoją argumentację wskazującą na naruszenie przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 5 Kc poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego podstawę do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu stanowił art. 46 ust. 4a Pzp. W związku z powyższym w pierwszej kolejności należy podnieść, iż nawet zakładając słuszność poglądu Zamawiającego co do konieczności zatrzymania wadium to należy wyraźnie zaznaczyć, że nie podjął on żadnej czynności w celu uzyskania wyjaśnień ze strony Odwołującego. Taki obowiązek można domniemywać z samej treści art. 46 ust. 4a Pzp *in fine*. W tym sensie, Odwołujący nie miał żadnej możliwości przedstawienia swojego stanowiska Zamawiającemu a kierując się własnym interesem oraz w celu uniknięcia wymiernej szkody majątkowej (1.500.000 zł) zmuszony został do wniesienia niniejszego odwołania. W zakresie wskazanego zarzutu także podniósł, iż zasadność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, nawet w przypadku spełnienia przesłanek z art. 46 ust. 4a Pzp, musi być każdorazowo poddana gruntownej analizie w świetle art. 5 Kc w zakresie ewentualnego nadużycia prawa podmiotowego przysługującego Zamawiającemu. Do takiego wniosku prowadzi wprost teza postanowienia TK z dnia 09.05.2012 r., sygn. akt: P 47/11). Ustawodawca posłużył się w art. 5 KC tzw. wewnętrzną teorią nadużycia prawa podmiotowego. Najogólniej rzecz ujmując, oznacza ona, iż o nadużyciu prawa podmiotowego decydują obiektywne kryteria oceny w postaci sprzeczności z klauzulami generalnymi zasad współżycia społecznego i ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa podmiotowego. Innymi słowy, sam fakt nabycia danego prawa (np. prawa zamawiającego do zatrzymania wadium) nie przesądza jeszcze o możliwości skutecznego wykonywania wszystkich, wchodzących w jego skład uprawnień. W świetle powyższego,

41

wykonywanie prawa podlega zawsze ocenie i wyborowi z punktu widzenia różnych uwarunkowań w danym czasie i miejscu, w tym wskazanych ograniczeń strukturalnych, prakseologicznych, a także aksjologicznych, w szczególności klauzuli generalnej zawartej w art. 5 Kc (T. Sokołowski, [w.] A. Kidyba (red.) „Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część Ogólna”, wyd. LEX, W-wa 2012). W wypowiedziach SN można odnaleźć dalsze

doprecyzowanie klauzul generalnych (społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa, zasady współżycia społecznego) zawartych w art. 5 Kc. W wyroku z dnia 04.10.2001 r., sygn. akt: I CKN 458/00 SN wskazuje, że wskazane klauzule oznaczają w istocie odesłanie do zasad słuszności, dobrej wiary w sensie obiektywnym, zasad uczciwości obowiązujących w stosunkach cywilnoprawnych. W kolejnych punktach treści niniejszego uzasadnienia Odwołujący przedstawił argumentację potwierdzającą fakt, iż działania podjęte przez Zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym pozostają w sprzeczności z tak rozumianymi klauzulami generalnymi z art. 5 Kc. W konkluzji, w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego stanowiła naruszenie art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 5 Kc prowadzą argumenty podnoszone w kontekście analizy *ratio legis* wskazanego przepisu, a także liczne wypowiedzi judykatury oraz KIO. Tytułem wyjaśnienia warto wskazać, że przepis artykułu 46 ust. 4a zp wprowadzony został do polskiego porządku prawnego na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. z 2008, Nr 171, poz. 1058). *Ratio legis* wskazanej nowelizacji było zapobieżenie nieuczciwym praktykom wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten miał służyć uniknięciu sytuacji, w których wykonawcy dla osiągnięcia określonych skutków w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oceniając swoje pozycje w rankingu ofert oraz możliwość pozyskania zamówienia za najwyższą z cen ofertowych - działali w tzw. zmowie przetargowej i umyślnie nie uzupełniali żądanych dokumentów. W związku z powyższym, wykładnia celowościowa art. 46 ust. 4a Pzp prowadzi wprost do wniosku, iż powinien on znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku istnienia uzasadnionych wątpliwości potwierdzających istnienie zmowy przetargowej między wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to wyrok SN z dnia 07.07.2011 r., sygn. akt: II CSK 675/10, który został wydany przy bardzo zbliżonym do niniejszej sprawy stanie faktycznym. W kontekście powyższego, trzeba jasno wskazać, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały jakiegokolwiek okoliczności chociaż w najmniejszym stopniu sugerujące istnienie zmowy przetargowej wykonawców, w której Odwołujący brałby udział. Co więcej, Zamawiający nie podjął żadnych działań (np. nie wystąpił z zapytaniem do Odwołującego), któreby potwierdzały lub wykluczały wskazaną okoliczność. W związku z powyższym, należy przyjąć, że Zamawiający nie posiadał żadnej wiedzy w tej kwestii a mimo to przyjął, że przesłanki z art. 46 ust. 4a Pzp zostały spełnione. Możliwość naruszenia art. 5 Kc przy rygorystycznie literalnym

42

zastosowaniu art. 46 ust. 4 Pzp (tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie) każe także przywołać uchwałę SN z dnia 22.03.2007 r., sygn. akt: III CZP 8/07) mówiącą, iż wykładnia danego przepisu prawa: „(...) *nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące ratio legis interpretowanego przepisu. (...)*”. W dalszej części tej uchwały, SN stwierdził, iż: „(...) *w sytuacji natomiast, w której ściśle, literalne zinterpretowanie przepisu ustawy uniemożliwiałoby sensowne jego zastosowanie bądź prowadziło do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści, sięganie przez organ stosujący prawo do innych sposobów wykładni jest jego obowiązkiem*”. Nie budzi wątpliwości fakt, że wskutek skrajnie formalistycznego podejścia Zamawiającego do interpretacji art. 46 ust. 4a Pzp, Odwołujący został pozbawiony wadium w wysokości 1.500.000 złotych, co musi budzić uzasadnione zastrzeżenia w świetle przywołanego powyżej orzeczenia SN. Argumentów na poparcie tezy, iż w niniejszej sprawie czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego stanowiła naruszenie art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 5 Kc dostarcza również bogate orzecznictwo KIO. W wielu przypadkach nawiązuje ono do rozstrzygnięć judykatury wskazanych we wcześniejszej części treści niniejszego uzasadnienia. Jako przykład można wskazać wyrok z dnia 11.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1856/12, w którym Izba przywołała obszerny fragment wyroku SN z dnia 07.07.2011 r., sygn. akt: II CSK 675/10, wskazanego powyżej. Przywołał wyrok z dnia 21.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 590/09. W kontekście orzecznictwa KIO warto też zwrócić uwagę na problem nadużywania instytucji zatrzymania wadium, który przy błędnej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp stanowić może dodatkowe źródło dochodu zamawiającego (wyroku z dnia 22.03.2011 r., sygn. akt: KIO 465/11). Podsumowując nie ulega wątpliwości, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający dopuścił się nadużycia przysługującego mu na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp uprawnienia niejako automatycznie, bez uzyskania wyjaśnień ze strony Odwołującego. Na tej podstawie zdecydował się zatrzymać wadium wniesione przez

Odwołującego w postępowaniu. Na niedopuszczalność takiej czynności wskazują zarówno reguły wykładni językowej (konieczność uzyskania wyjaśnień) oraz celowościowej (*ratio legis* przepisu art. 46 ust. 4a Pzp). Nie bez znaczenia pozostaje także skala naruszenia i jej bezpośredni skutek dla Odwołującego - zgodnie z SIWZ kwota zatrzymanego wadium wynosi 1.500.000 zł.

Odnosnie zarzutu z pkt 3) treści petitum. W odniesieniu do zarzutu podania przez Control Process nieprawdziwych informacji wskazał na cztery okoliczności potwierdzające wskazany zarzut.

Pierwsza z nich dotyczy wskazania informacji mających w sposób istotny wpływ na punktację oferty Control Process. W treści SIWZ oraz Zał. nr 9 Zamawiający w sposób jasny i wyraźny sformułował kryteria oceny ofert. W opinii Odwołującego, Control Process mógł

43

dopuszczyć się złożenia w swojej ofercie nieprawdziwych informacji co do gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego. Control Process w swojej ofercie oświadczył, iż gwarantuje produktywność biogazu na poziomie 95%, w odniesieniu do określonej w warunkach laboratoryjnych możliwości jego uzyskiwania. Za wskazany parametr Control Process zostało przyznane maksymalne 8 pkt. Z kolei w swojej ofercie Odwołujący oświadczył, iż gwarantuje osiągnięcie produktywności jedynie na poziomie 85%, za co mógłby potencjalnie otrzymać jedynie 3 pkt (gdyby nie został niesłusznie wykluczony). Rozbieżność między wskaźnikami zaoferowanymi przez Odwołującego i Control Process może budzić uzasadnione wątpliwości. Wynika to z faktu, że wedle najlepszej wiedzy Odwołującego dla obydwu wykonawców dostawcą wskazanej technologii jest Strabag Umweltanlagen GmbH z siedzibą w Dreźnie, przy czym Control Process ani sam nie jest w stanie dostarczyć wymaganej przez Zamawiającego technologii ani nie posiada innego dostawcy w tym zakresie. Na podstawie posiadanych informacji, Odwołujący jest w stanie potwierdzić, że wątpliwym jest aby wskazany dostawca na potrzeby przedmiotowego postępowania mógł zagwarantować osiągnięcie poziomu produkcji biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego na poziomie 95%. Powyższe wskazuje, iż dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w zakresie kryterium co do gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego, Control Process najprawdopodobniej zawyżył wartość, jaką faktycznie jest w stanie zagwarantować tylko po to, aby uzyskać większą liczbę punktów w postępowaniu (5 pkt więcej). Powyższe zachowanie Control Process może wypełniać znamiona wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wątpliwym jest bowiem, aby złożone przez Control Process oświadczenie było zgodne ze stanem faktycznym. Należy wyjaśnić jednak, że złożenie nieprawdziwych informacji skutkuje wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą one mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z poglądem doktryny, ustawa nie różnicuje jednak informacji ze względu na ich ważność a zatem chodzi o jakąkolwiek informację, dzięki której wykonawca jest w lepszej pozycji, niżby był, podawszy informację prawdziwą (P. Granecki „*Prawo zamówień publicznych. Komentarz*”, wyd. C.H. Beck, W-wa 2012). W kontekście powyższego, zwrócił uwagę, że wskazana przesłanka miałaby zastosowanie w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż podając wskazane informacje Control Process uzyskał maksymalną liczbę punktów w zakresie kryterium eksploatacyjnego gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego.

Drugą z okoliczności potwierdzających zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Control Process jest ta dotycząca roku budowy projektu Mechaniczno-

Zakładu MBA Z informacji Biologicznego Przetwarzania Odpadów Schöneiche. Zawartych w ofercie wykonawcy Control Process wynika, że projekt ten zakończono r. w I 2009 ze str. 51 oraz treści oferty (informacja 60-61 Odwołującego).

44

Informacja ta pozostaje w sprzeczności z danymi zawartymi na stronie internetowej wskazanego zakładu znajdującej się pod adresem: <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>. Wskazano tam wprost na linie czasu przy roku 2005, że to właśnie wówczas nastąpiło uruchomienie zakładu (a zatem i zakończono prace budowlane). Przyjmując założenie o tym, że zasadnicze prace budowlane zostały ukończone w roku 2005, należy zauważyć, że referencje przedstawione dla tego przedsięwzięcia jako obejmujące roboty budowlane wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania

ofert, nie powinny być uwzględnione przez Zamawiającego przy badaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Control Process. Wpływ przekazanych powyżej informacji na pozycję Control Process jest istotny, gdyż budowa Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche jest jednym z dwóch doświadczeń przedstawionych przez Control Process jako obiektów zawierających instalację przetwarzania na biologicznego (stabilizacji tlenowej) oraz jedynym potwierdzenie doświadczenia w zakresie instalacji do sortowania odpadów.

Trzecia z okoliczności potwierdzających zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Control Process dotyczy daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania). Z w Process informacji zawartych ofercie Control wynika, że projekt ten został zakończony w X 2009 r. (informacja ze str. 62 i 63 treści oferty Odwołującego). Informacja ta pozostaje w sprzeczności z danymi zawartymi na stronie internetowej podmiotu, który udostępnił wskazane doświadczenie Control Process tj. Waste Treatment Technologies B.V: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>. Informacje tam zawarte potwierdzają, iż zakład przetwarzania odpadów w Walencji został oddany do użytku (a zatem i zakończono prace budowlane) w I 2007 r. Biorąc pod uwagę, że roboty budowlane objęte tym projektem zostały wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, nie powinny one być uwzględnione przez Zamawiającego przy badaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Control Process. Wpływ przekazanych powyżej informacji na pozycję wykonawcy Control Process jest istotny, gdyż budowa Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania) jest jednym z dwóch doświadczeń przedstawionych przez Control Process jako obiektów zawierających instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej).

Czwartą, z okoliczności potwierdzających podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w treści złożonej oferty są dane dotyczące wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche. Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał aby w skład zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (który zostanie wykazany przy spełnieniu warunku

45

wiedzy i doświadczenia) wchodziły także tzw. separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu. Według najlepszej wiedzy Odwołującego zakład przetwarzania odpadów MBA : Schöneiche nie jest wyposażony w takie urządzenie, a zatem potencjalnie oświadczenie złożone w tym zakresie przez Control Process może okazać się niezgodne ze stanem faktycznym. Wpływ przekazanych powyżej informacji na pozycję Control Process jest istotny, gdyż budowa zakładu przetwarzania odpadów MBA Schöneiche jest jednym z dwóch doświadczeń przedstawionych przez Control Process jako obiektów zawierających instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) oraz jedynym na potwierdzenie doświadczenia w zakresie instalacji do sortowania odpadów.

W odniesieniu do każdej z przytoczonych okoliczności potwierdzających potencjalnie podanie przez Control Process nieprawdziwych informacji należy stwierdzić, że każdej z nich można przypisać element zawinienia, W każdym przypadku bowiem, podając nieprawdziwe informacje Control Process mógłby mieć na celu albo potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo uzyskanie korzystniejszej punktacji.

Odnosnie zarzutu z pkt 4) treści petitum. Dla potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Control Process załączył na str. 56-59 swojej oferty między innymi referencję wystawioną przez Miejskie Mieszkaniowo-Komunalne Gospodarstwo w Brześciu (Białoruś). Przedmiotowa referencja została wystawiona w V 2011 r. a z jej treści wynika, że prace (których potwierdzenie ma zawierać) zostały zakończone w VI 2011 r. Przedmiotowa referencja została sporządzona zatem we wcześniejszym niż wskazany jako końcowy terminie realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, wskazana referencja nie może zatem potwierdzać, iż prace budowlane zostały prawidłowo ukończone. Tym samym nie potwierdza ona spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Z powyższego, w sposób logiczny wynika, że wskutek uzasadnionych wątpliwości co do treści dokumentu referencji Zamawiający zobowiązany był do dokonania czynności przewidzianej w przepisie art. 24 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 15.01.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp

uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mostostal Warszawa SA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 17.01.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

46

kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) CONTROL PROCESS S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.01.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający stwierdził, że podstawą do wykluczenia Oferenta jak również do odrzucenia oferty Odwołującego było naruszenie zasady pisemności w postępowaniu zastrzeżonej przez Zamawiającego w SIWZ dla czynności uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust 3, co w konsekwencji spowodowało, iż nieskuteczne było wykazanie się przez Odwołującego spełnieniem warunku wiedzy i doświadczenia określonym w pkt V tabela lp 2 SIWZ. Wskazał, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż niedopuszczalne było wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia wadliwych referencji wystawionych przez F..... J..... Q..... dotyczących budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie. Bezspornym faktem jest, że przedmiotowy dokument nie zawierał informacji, że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie zawierał również jakichkolwiek innych informacji mogących świadczyć o należyтым wykonaniu zamówienia ; chociażby „*przyjęto bez zastrzeżeń*”, „*bez uwag*”, „*współpraca układała się doskonale*”, „*nie ma zastrzeżeń do jakości i terminowości świadczenia*” itp. Jedynym celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy. Ogólnie rzecz biorąc, referencje - to opinia wystawiana komuś, stwierdzająca wywiązywanie się z obowiązków, zwykle pozytywna i polecająca daną osobę lub Wykonawcę. Nie prawidłowym byłoby przyjęcie dokumentu nie zawierającego takich informacji. To ustawodawca stanowiąc o dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie, wskazał na potrzebę złożenia oświadczenia wiedzy przez Zamawiającego o stanie wykonanej roboty budowlanej. Nieracjonalną wydaje się sugestia Odwołującego sugerująca, że Zamawiający winien domniemywać wnioskując z daty wystawienia referencji, że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W praktyce Zamawiający przypuszczał, że zaszła odwrotna sytuacja. Wystawiający referencje nie rekomendował Wykonawcy gdyż miał zastrzeżenia do wykonanych robót. Zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w oparciu o swoje domniemania i przypuszczenia potwierdza to orzeczenie wyrok KIO z dnia 13.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1616/10.

Nietrafnie wywodził Odwołujący, że Zamawiający naruszył art. 26 ust 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 Pzp może być

47

kierowane jedynie do Wykonawcy. Jednoznacznym jest, że w dokumencie referencji brakuje informacji że roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający, nie ma żadnej wątpliwości, że takiej informacji w referencjach nie ma. W wyniku hipotetycznego wyjaśnienia Wykonawca nie może sam sobie wystawić referencji. Oświadczenie Wykonawcy, że prawidłowo wykonał roboty budowlane jest nieskuteczne jako wykazanie się wiedzą i doświadczeniem. Wystawcą referencji jest podmiot trzeci niebiorący udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może w trybie art. 26 ust 4 Pzp zwrócić się o wyjaśnienie do wystawcy referencji, jest to niedopuszczalne na gruncie Pzp. Jedyną poprawną drogą jest wezwanie Wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia wadliwego dokumentu i tak też

Zamawiający uczynił.

Nieprawdą jest, że Zamawiający bezprawnie ograniczył możliwość posłużenia się przez Odwołującego formą kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem. Art. 27 Pzp decyzję o wyborze formy porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami pozostawia Zamawiającemu. Zamawiający w pkt VII SIWZ precyzyjnie określił sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. Zamawiający jednoznacznie określił formę pisemną dla oferty i dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty składane na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ponieważ forma dokumentu jest bardzo istotna w postępowaniu Zamawiający wzywając Wykonawców do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w piśmie wzywającym do uzupełnienia jeszcze raz przypomniał Wykonawcom o obowiązku zachowania pisemności postępowania (uwaga zamieszczona tłustym drukiem i jednocześnie podkreślonym tekstem). Wezwanie w jednakowej formie zostało skierowane do 3 oferentów. Dwóch oferentów uzupełniło oferty w poprawnej formie, tylko Odwołujący uzupełnił ofertę faksem. Uzupełnienie oferty faksem stanowi naruszenie § 6 ust. 1 Rozporządzenia. Rozporządzenie nie przewiduje formy uzupełnienia dokumentów faksem. Wykonawca w formie pisemnej dostarczył dokument do Zamawiającego dopiero w dniu 21.01.2013 r., mimo iż powinien być w jego posiadaniu na dzień składania ofert i jest on datowany na dzień 10.10.2012 r. Wskazał na wyrok KIO z dnia 08.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1015/08.

Naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji. W myśl tej zasady Zamawiający w dniu 28.12.2012 r. przesłał wezwanie do 3 Oferentów, których oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 winny podlegać uzupełnieniu. Zamawiający ustalił jednakowe dla wszystkich zasady uzupełniania dokumentów, tj. jednakowy termin i jednakowa zasadę pisemności. Termin wyznaczony został na 04.01.2013 r. Faktem jest, że Odwołujący prosił Zamawiającego, o przesunięcie terminu na złożenie uzupełnień na dzień 10.01.2013 r. Zamawiający zgodnie ze swoim uprawnieniem mając na uwadze zasadę równego traktowania oferentów i pilność

48

postępowania odmówił przesunięcia terminu na złożenie uzupełnienia oferty. Wykonawca jako profesjonalista działający w obrocie prawnym winien przewidzieć taką sytuację i w przypadku wyjazdu zostawić właściwe pełnomocnictwa innej osobie. Zamawiający nie może dowolnie przesunąć terminu składania ofert, a w konsekwencji terminu rozstrzygnięcia w danym postępowaniu i rozpoczęcia rzeczowej realizacji inwestycji ze względu na plany urlopowe jednego z oferentów. Ma to również wpływ na pozostałych Wykonawców, którzy będąc w obrocie gospodarczym są zainteresowani jak najszybszym uzyskaniem informacji o uzyskaniu lub nieuzyskaniu zamówienia publicznego. Taka informacja wiąże się przecież bezpośrednio z planami biznesowymi pozostałych firm biorących udział w postępowaniu. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1048/08 oraz na wyrok KIO z dnia 28.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1116/08.

Nadto, Zamawiający stwierdził, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 5 Kc poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z Pzp uznał, że skoro Odwołujący się nie uzupełnił w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów, to zachodzi przesłanka do zatrzymania wadium. W rozpatrywanym stanie faktycznym, Odwołujący nie wykazał się należyłą starannością i nie złożył na wezwanie Zamawiającego, brakującego dokumentu (forma faksu nie jest złożeniem dokumentu). W ocenie Zamawiającego działania w postaci przesłania dokumentów faksem nie mogą zostać uznane za prawidłowe i spełniające wymagania określone w przepisach Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Sytuacja ta, w ocenie Zamawiającego ma skuteczną podstawę uzasadniającą konieczność zatrzymania Odwołującemu wadium w oparciu o przesłankę określoną w art. 46 ust. 4a Pzp. Nie można zgodzić się z argumentacją prezentowaną przez Odwołującego, że skoro zostały przedłożone dokumenty faksem przez Odwołującego się, które zostały następnie przez Zamawiającego uznane za wadliwe to nie można dokonać zatrzymania wadium ponieważ Zamawiający miał okazję zapoznać się z ich treścią. Nie tylko przy całkowitym braku uzupełnienia dokumentów można zatrzymać wadium. Taka wykładania przepisów dotyczących zatrzymania wadium nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przepis art. 46 ust. 4a Pzp nie uzależnia możliwości zatrzymania wadium tylko od przypadku braku przedłożenia jakichkolwiek dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący sam

sobie przeczy i w zasadzie potwierdza słuszność działań Zamawiającego dotyczących wykluczenia Wykonawcy i zatrzymania wadium: „Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku jak w niniejszej sprawie przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem zamiast w formie pisemnej) a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu”. Zwrócił uwagę również na użycie przez

49

Odwołującego sformowania oryginał dokumentu. Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut Odwołującego, że Zamawiający przed faktycznym zatrzymaniem wadium miał obowiązek podjąć działania wyjaśniające przyczyny nieprawidłowego uzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę. Śaden przepis nie nakłada na Zamawiającego takiego obowiązku, to Wykonawca winien udowodnić, iż nieprawidłowe uzupełnienie oferty nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie. Ani w odwołaniu KIO 39/13, ani KIO 90/13 Odwołujący nie wyjaśnia przyczyn wadliwego uzupełnienia oferty. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp nie może być jednak przesłanką do uwzględnienia odwołania, z uwagi na brak istotnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Decyzja o zatrzymaniu wadium pozostaje bowiem bez wpływu na wynik postępowania, a tylko w takiej sytuacji, zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 2 Pzp, Izba zobowiązana jest do uwzględnienia odwołania.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której Control Process S.A. złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie:

- gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego; Zamawiający wnioskował o odrzucenie powyższego zarzutu. Zauważył, że Odwołujący wyraził jedynie opinię, iż Control Process S.A.: „mógł dopuścić się złożenia w swojej ofercie nieprawdziwych informacji co do gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego”. Wynika z tego, że Odwołujący tak naprawdę nie jest przekonany co do zasadności swoich zarzutów. Odwołujący nie przedstawił zresztą dowodów np. oświadczenia dostawcy technologii co do braku możliwości osiągnięcia poziomu wskazanego przez Control Process S.A.. Jak wynika z treści odwołania Odwołujący swoje „przypuszczenia” czerpie jedynie z rozbieżności pomiędzy zadeklarowanym przez samego siebie poziomem gwarantowanej produkcji biogazu a poziomem wskazanym przez Control Process S.A. Zamawiający na tym etapie nie jest w stanie zweryfikować prawdziwości zadeklarowanych poziomów produkcji biogazu, bazuje jedynie na oświadczeniach poszczególnych Wykonawców. W celu „zdyscyplinowania” Wykonawców wprowadzono jednakże stosowne kary umowne do wzoru umowy. Zamawiający we wzorze umowy w punkcie 21.1 lit. d) zapisał karę za nieosiągnięcie zadeklarowanej przez Wykonawcę produkcji biogazu względem wyniku testu fermentacyjnego: „d) za nieosiągnięcie zadeklarowanego w Ofercie gwarantowanego procentu produkcji biogazu względem wyniku testu fermentacyjnego wg normy VDI 4630 w wysokości 1% wartości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy za każde 0,5 % różnicy w stosunku do wartości zadeklarowanej przez Wykonawcę. Powyższy test fermentacyjny zostanie przeprowadzony w okresie EPUW wg normy VDI 4630, przez certyfikowane laboratorium według wyboru i na

50

koszt Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo zaokrągleń zgodnie z zapisami pkt. XII IDW;”

- daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche; Zamawiający informuje, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia uznał za spełniony na podstawie referencji wystawionych dla inwestycji z poz. Nr 1 i 3 wykazu robót tj. na podstawie referencji wydanych przez Miejskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych w Brześciu (poz. nr 1 w zał. nr 8) oraz na referencjach wydanych przez Hornillos Obra U.T.E. Referencje wystawione przez MEAB - Markische Entsorgungsanlagen - Betriebsgesellschaft Gmb (MEAB) dla inwestycji nr 2 z wykazu robót, nie stanowiły podstawy do uznania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia z uwagi na fakt, że wystawione przez Inwestora (MEAB) referencje nie zawierały informacji, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej

i prawidłowo ukończone lub innych informacji mogących świadczyć o należyтым wykonaniu zamówienia. Wykonawca co prawda uzupełnił ofertę o oświadczenie pełnomocnika firmy Strabag Umweltanlagen GmbH, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, jednakże oświadczenie Wykonawcy nie mogło zostać uznane ponieważ nie zostało wystawione przez właściwy podmiot-Inwestora/Użytkownika czy też operatora (MEAB). Zgodnie z przedstawionymi referencjami wystawionymi przez MEAB - Markische Entsorgungsanlagen - Betriebsgesellschaft GmbH (MEAB) instalacja MBA Schöneiche instalację realizowano w latach 2004 - 2008, natomiast zakończenie prac i odbiór instalacji datowano na 06.01.2009 r. W związku z powyższym Zamawiający nie kwestionował daty podanej w wystawionych referencjach.

- *daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania)*; Zamawiający oceniając ofertę oparł się na referencjach wydanych przez Hornillos Obra U.T.E.; w których zawarto informacje, że projekt rozpoczęto 12.12.2008 r., rozruch rozpoczął się na początku 2009 r., natomiast odbiór dostarczonej przez WTT linii technologicznej w X 2009. Zamawiający nie kwestionował daty podanej w wystawionych referencjach.

- *wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche*; Zamawiający nie uznał referencji MBA Schöneiche (referencje nie zawierały informacji, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone lub innych informacji mogących świadczyć o należyтым wykonaniu zamówienia). Nie mniej jednak poinformował, że postawione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej warunki dot. wiedzy i doświadczenia umożliwiały spełnienie warunku udziału bez konieczności wykazania się budową sortowni odpadów zmieszanych o m.in. wyposażeniu wskazanym w dok. przetargowej (w tym dwóch przedmiotowych separatorów

51

optopneumatycznych): „Zamawiający również uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże przynajmniej dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych poniżej:

1. jedną sortownię z odpadów zmieszanych o ww. parametrach,
2. jedną instalację suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o ww. parametrach,
3. jedną instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) o wydajności min. 15 000 Mg/rok”. W związku z powyższym zarzut należy uznać za bezzasadny.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do Control Process w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez wskazanego wykonawcę referencji dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu (Białoruś). Zamawiający informuje że referencje wystawione przez Miejskie Mieszkaniowo - Komunalne Gospodarstwo w Brześciu zostały opatrzone datą V 2011 r., natomiast z treści wynika, iż prace zostały zakończone w VI 2011 r. Zamawiający pomimo niewielkiej rozbieżności pomiędzy datami uznał, że referencje potwierdzają że Strabag Umweltanlagen GmbH z siedzibą w Dreźnie: „realizował i pomyślnie zakończył projekt Mechaniczno-Biologicznej instalacji przetwarzania odpadów w Brześciu na Białorusi.”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2013 r., sprawy o sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13, KIO 89/13 oraz o sygn. akt: 90/13 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia. W sprawie sygn. akt: KIO 89/13 zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania na skutek cofnięcia odwołania (postanowienie z dnia 29.01.2013 r., sygn. akt: KIO 89/13).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w tym odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 15.11.2012 r.), ofertą Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 87/13, ofertą Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13, jak i ofertą Przystępującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13 i KIO 90/13 - CONTROL PROCESS S.A., wezwaniami do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 28.12.2012 r. wobec Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 87/13, jak i Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13, tudzież wobec Przystępującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13 i KIO

90/13 - CONTROL PROCESS S.A, odpowiedzią z dnia 02.01.2013 r. wraz z załącznikami, tj. zaświadczeniem z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla p. M..... A..... H..... L..... i zaświadczeniem z Centralnego Rejestru

52

Skazanych w Madrycie dla Acciona Infraestructuras S.A (oryginały wraz z tłumaczeniem) Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 87/13, uzupełnieniem Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13 przesłanym faxem 03.01.2013 r., a pisemnie 21.01.2013 r., odpowiedzią z dnia 03.01.2013 r. CONTROL PROCESS S.A i przedłożonym oświadczeniem firmy Strabag, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 04.01.2013 r., odwołaniami wraz z załącznikami m.in. korespondencją e-mailową pomiędzy Zamawiającym, a p. V..... S..... L..... (odmową przedłużenia terminu wynikającego z wezwania z dnia 28.12.2012 r. na uzupełnienie dokumentów) oraz wydrukami z 14.01.2013 r. stron internetowych:

<http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>; <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html> ; przystąpieniami w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13, sygn. akt: KIO 39/13, sygn. akt: KIO 87/13, sygn. akt: KIO 90/13, jak i odpowiedziami na odwołanie w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13 i KIO 90/13 wraz z załącznikami m.in. e-mailem od p. K..... F..... z ambasady hiszpańskiej i dołączoną opinią prawną, wydrukami z dnia 28.01.2013 r. /w j. hiszpańskim wraz z tłumaczeniem/ stron internetowych: http://www.entre.es/ent_hornillos.php ; www.entre.es/valenciano/actual_hornillos.php#datos_tecnicos-tab ; złożonymi na rozprawach: pismem Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 87/13 - Mostostal Warszawa S.A z dnia 28.01.2012 r. oraz z dnia 31.01.2013 r. wraz z załącznikami, tj. do pierwszego: oświadczeniem p. G..... K..... z dnia 24.01.2013 r., oświadczeniem Chemobudowy – Kraków S.A z dnia 28.01.2013 r., poświadczoną przez Chemobudowę – Kraków S.A kopią listu referencyjnego z dnia 18.03.2002 r. wystawionego przez RR Donnelley Poland Sp. z o.o.; do drugiego: oświadczeniem p. M..... A..... H..... L....., opinią prawną hiszpańskiego radcy prawnego (w oryginale wraz z tłumaczeniem przysięgłym); pismem Przystępującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13, KIO 39/13, KIO 87/13 i KIO 90/13 - CONTROL PROCESS S.A z dnia 28 i 29.01.2013 r. wraz z załącznikami, tj. do pierwszego: pismem firmy Hornillos z dni 03.12.2012 r., oświadczeniem z dnia 24.01.2013 r. RR Donnelley Poland Sp. z o.o. dotyczącym projektu Budowa drukarni Heat Setowej, oświadczeniem p. J..... Z..... z dnia 17.01.2013 r., oświadczeniem p. J..... Z..... z dnia 17.01.2013 r. dotyczącym projektu Przebudowa układu Komunikacyjnego drogowo-tramwajowego, wraz z budową tunelu pod Dworcem Głównym w Krakowie, zaświadczeniem o zatrudnieniu z dnia 18.12.2008 r., zakresem obowiązków służbowych p. J..... Z..... z 08.12.2006 r., oświadczeniem Agencji Rozwoju Miasta S.A w Krakowie z dnia 28.01.2013 r.; do drugiego: oświadczeniem firmy Strabag Umweltanlagen GmbH dotyczącym produkcji biogazu, oświadczeniem firmy Eisenmann Anlagenbau GmbH & Co. KG dotyczącym

53

produkcji biogazu, oświadczeniem firmy Strabag Umweltanlagen GmbH; wydrukiem z dnia 25.01.2013 r. ze strony internetowej: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php> z poprawną datą zakończenia inwestycji (w oryginale wraz z tłumaczeniem); pismem Hornillos z dnia 03.12.2012 r., protokołem odbioru końcowego wraz z tłumaczeniem potwierdzającym zakończenie i odbiór robót w VI 2011 r. dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu; pisemnym oświadczeniem Zamawiającego z dnia 30.01.2013 r., tudzież poświadczonym za zgodność z oryginałem przez Dyrektora ds. Technicznych RR Donnelley Poland Sp. z o.o. K..... Z..... listem referencyjnym z dnia 18.03.2002 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 oraz o sygn. akt: KIO 90/13, których oferty zostały odrzucone, jako skutek wykluczenia Wykonawców z udziału w postępowaniu i nie podlegały klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. Cena (C) – 80 pkt, Rozwiązania Techniczne (T) – 7 pkt, Eksploatacja (E) – 13 pkt, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, mają szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, odnosząc się do odwołań w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 oraz o sygn. akt: KIO 39/13 na czynność wezwania Zamawiającego z dnia 28.12.2013 r. Izba wskazuje, że niezasadna jest argumentacja odwołująca się w tym zakresie do postępowań poniżej progów unijnych, albowiem art. 180 ust. 2 Pzp nie daje realnych podstaw do wnoszenia środków ochrony prawnej na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w odróżnieniu od postępowań równych lub powyżej tych progów. Nadto, istotą niniejszych odwołań jest kwestia nieuznania przez Zamawiającego określonych dokumentów, które w ocenie Odwołujących w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 oraz o sygn. akt: KIO 39/13 są prawidłowe. Zaniechanie określonych działań na etapie wezwania w oczekiwaniu na czynność późniejszą wyboru oferty najkorzystniejszą i ewentualne wykluczenie wraz z odrzuceniem oferty stanowiłoby przejaw braku konsekwencji obu Wykonawców. Izba podnosi, że kwestie interesu rozpatruje się w odniesieniu do całego odwołania i na moment jego wniesienia. W rezultacie interes do wnoszenia odwołań obaj Wykonawcy w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 oraz o sygn. akt: KIO 39/13 mieli niewątpliwie.

Izba nie uznała zasadności wniosku Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 oraz o sygn. akt: KIO 90/13 odnośnie rozdzielenia odwołań o sygn. akt: 33/13 i 39/13 od

54

odwołań o sygn. akt: 87/13, 89/13 oraz 90/13, wskazując, że o łącznym rozpoznaniu spraw decyduje Prezes KIO mocą zarządzenia.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 87/13 wobec przystąpienia wykonawcy Control Process S.A. do odwołania o sygn. akt: KIO 33/13 oraz opozycję Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13 względem przystąpienia do odwołania KIO 39/13 po stronie zamawiającego Mostostalu Warszawa S.A. oraz Control Process S.A. uznając, że Control Process S.A. ma interes w rozstrzygnięciu odwołania o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 39/13 na korzyść Zamawiającego, albowiem jego oferta mimo najkorzystniejszego cenowo charakteru musi uwzględniać trzy kryteria oceny ofert (także na etapie przed oceną poprzez popieranie działań Zamawiającego mogących spowodować eliminację konkurencyjnych Wykonawców w postępowaniu). Względem Mostostalu Warszawa S.A., w ocenie Izby, Wykonawca niniejszy również dążył poprzez swoje przystąpienie do eliminacji konkurencyjnego Wykonawcy, który w tym stanie faktycznym przedłożył ofertę cenowo – drugą po Control Process S.A. (oferta Mostostalu Warszawa S.A. – trzecia pod względem cenowym).

Ponadto, Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że nie przekazanie wraz z kopią odwołania załączników stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że kopia nie została – w całości przesłana Zamawiającemu, tudzież nie mógł Zamawiający w konsekwencji przeprowadzić pełnej merytorycznej oceny złożonych odwołań. Powyższa kwestia wymaga każdorazowo analizy danego stanu faktycznego. Załączniki do obu odwołań miały albo charakter formalny podlegający badaniu przez Prezesa KIO i skład orzekający Izby, ewentualnie stanowiły kopie dokumentów znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, jako ich autora lub będącego ich odbiorcą. Ich brak także nie uniemożliwił Zamawiającemu obszernego odniesienia się do odwołań w ramach udzielonych odpowiedzi na oba odwołania. Odnosząc się, zaś do wydruków ze stron internetowych stanowiących załączniki do odwołania KIO 90/13, Izba wskazuje, że podano ich dokładne adresy internetowe. Izba nie uznała twierdzeń Zamawiającego o braku możliwości samodzielnego zapoznania się z nimi. Załączone wydruki do odwołania KIO 90/13 – to wydruki z dnia 14.01.2013 r., była więc taka możliwość w dniu przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Należy również dodać, że wydruk załączony do pisma procesowego z dnia 28.01.2013 r. Control Process S.A. nosi datę 25.01.2013 r. była więc także możliwość wydrukowania podczas przygotowywania odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez

Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13, sygn. akt: KIO 39/13, sygn. akt: KIO 87/13, sygn. akt: KIO 90/13 oraz inne dokumenty wskazane powyżej jako dokumenty, z którymi Izba się zapoznała albo zostały wymienione szczegółowo w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych odwołań. Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących o sygn. akt: KIO 33/13, sygn. akt: KIO 39/13, sygn. akt: KIO 87/13, sygn. akt: KIO 90/13 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 - Mostostal Warszawa S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający określił w Rozdz. VI Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów; w pkt A – Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki m.in. – „A.3) Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) z uwzględnieniem ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2012, Nr 0, poz.769), której art. 21 nowelizuje w dniu 21.07.2012 r. ustawę Pzp w zakresie poszerzenia katalogu przesłanek z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujących wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia - wzór oświadczenia w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu stanowi Załącznik Nr 5 do SIWZ – IDW; W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców w ofercie musi być przedmiotowe oświadczenia złożone (podpisane) przez każdego z Wykonawców składających ofertę wspólną lub złożone przez odpowiednio upoważnionego przez mocodawcę pełnomocnika”, a w pkt B, że: „W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z art. 24 ust 1 Prawa zamówień publicznych Wykonawca oprócz dokumentu, o którym mowa w pkt A3), składa następujące dokumenty: (...) B.4) Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego

w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku Wykonawców dokument należy złożyć dla każdego partnera z osobna. B.5) Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku Wykonawców dokument należy złożyć dla każdego partnera z osobna.”. Z kolei w pkt E wskazał, że: „Wykonawca zamieszkały poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej: E.1) Zamiast dokumentów, o których mowa w pkt B, 1), B.2), B.3), B.5) składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: 1) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; 2) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; 3) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku Wykonawców w/w dokumenty należy złożyć dla każdego partnera z osobna.

E.2) Zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt B.4) składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku Wykonawców dokument należy złożyć dla każdego partnera z osobna.

E.3) Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów wskazanych w niniejszym pkt „E” zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawionych nie wcześniej niż w terminach określonych w niniejszym pkt „E”. W przypadku składania oferty wspólnej przez kilku Wykonawców w/w dokumenty należy złożyć dla każdego partnera z osobna.”

Dodatkowo Zamawiający wskazał w pkt I - Postanowienia dotyczące składanych dokumentów m.in.: „I.3) Jeżeli Wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w pkt. C i D polega na zasobach innych podmiotów zobowiązany jest wykazać, że

57

w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia poprzez złożenie razem z ofertą dokumentów wymienionych w pkt. A.3) oraz pkt, od B.1) do B.5) dotyczących każdego z tych podmiotów, o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.”

Mostostal Warszawa S.A. w ramach złożonej oferty przedłożył zaświadczenie z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla p. M..... A..... H..... L..... Członka Zarządu Mostostal Warszawa S.A. (str. 73-67 oferty/oryginał wraz z tłumaczeniem/) i zaświadczenie z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla Acciona Infraestructuras S.A. (str. 129 -132 oferty /oryginał wraz z tłumaczeniem/ wobec podmiotu udostępniającego w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp). Zamawiający nie uznając niniejszych dokumentów wezwał w dniu 28.12.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Mostostal Warszawa S.A. w ramach odpowiedzi z dnia 02.01.2013 r. wraz z załącznikami udzielił obszernych wyjaśnień w zakresie prawidłowego charakteru złożonych w ofercie dokumentów, a dodatkowo załączył ponownie te same dokumenty. Zamawiający konsekwentnie nie uznał stanowiska Mostostal Warszawa S.A. i dokonanego uzupełnienia i 04.01.2013 r. poinformował m.in. o wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz o konsekwencjach nie uzupełnienia oferty na wezwanie wynikających z art. 46 ust.4 a Pzp.

W ramach odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 33/13 oraz KIO 87/13 Zamawiający przedstawił obszerną argumentację, w tym powołał się na e-maila od p. K..... F..... z ambasady hiszpańskiej i dołączoną opinię prawną. Nadto, przedłożył na rozprawie pisemne oświadczenie Zamawiającego z dnia 30.01.2013 r. Z kolei, Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 oraz KIO 87/13 przedłożył wraz pismem procesowym z dnia 31.01.2013 r. oświadczenie p. M..... A..... H..... L..... dotyczące jego miejsca zamieszkania i opinią prawną hiszpańskiego radcy prawnego (w oryginale wraz z tłumaczeniem przysięgłym).

Zamawiający w Rozdz. V SIWZ określił - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W pkt 2 stwierdził, że: „Wiedza i doświadczenie. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, gdy Wykonawca oświadczy, że posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację zamówienia oraz wykaże się, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przedmiotem której było:

58

wykonanie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych, o wartości zamówienia brutto

minimum 50 000 000,00 PLN oraz zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, czyli polegającym na realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w skład którego wchodziły co najmniej następujące instalacje:

1. stacjonarna zautomatyzowana linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 50 000 Mg/rok zlokalizowana w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego; wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia: a) stację nadawczą, b) przenośniki, c) sito bębnowe, d) separator metali żelaznych, e) separator metali nieżelaznych, i) kabinę sortowniczą, g) stację automatycznego załadunku balastu, h) prasę belującą, i) separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu: papieru i tektury, frakcji kalorycznej, tj. mieszaniny tworzyw sztucznych m.in.: PET, PE, PP, folii oraz komponentów RDF (frakcji energetycznej do produkcji paliwa alternatywnego),
2. instalacja stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych (fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem i wyładunkiem), o wydajności minimum 15.000 Mg/rok.”

W dalszej części Zamawiający wskazał również, że uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże przynajmniej dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych poniżej: 1. jedna sortownię z odpadów zmieszanych o ww. parametrach, 2. jedną instalację suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o ww. parametrach, 3. jedną instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) o wydajności min. 15.000 Mg/rok.

W pkt 4 ustalił: „Osoby zdolne do wykonania zamówienia. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, gdy Wykonawca oświadczy, że dysponuje odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; tj.:

- 1) Przedstawiciel Wykonawcy - posiadający wykształcenie wyższe techniczne oraz posiadający łącznie co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy realizacji inwestycji budowlanych, w tym doświadczenie w kierowaniu przynajmniej jednym zamówieniem na roboty budowlane wraz z projektowaniem, w skład którego wchodziło realizacja kompletnego

projektu budowlanego, uzyskanie stosownych decyzji i pozwoleń, budowa obiektów kubaturowych wraz z dostawą maszyn i urządzeń oraz rozruch technologiczny instalacji o wartości brutto co najmniej 50 000 000,00 PLN, (...)

- 3) Kierownik Budowy - posiadający uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, w tym wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w zakresie wystarczającym do kierowania robotami budowlanymi w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, zgodnie z art. 12a oraz innymi przepisami ustawy Prawo Budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.) oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r., Nr 63, poz. 394, z późn. zm.) oraz art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42, z późn. zm.) oraz posiadający łącznie co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi, w tym: przy co najmniej jednym obiekcie przemysłowym o wartości co najmniej 25 000 000,00 PLN brutto, na stanowisku Kierownika Budowy (od początku budowy do jej zakończenia - tj. przekazania do użytkowania).(...).”

W Rozdz. VI SIWZ dotyczącej wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż w zakresie warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia należy złożyć odpowiednio wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do

wykazania spełnienia 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 wielkości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, według wzoru stanowiącego zał. nr 8: „Wykaz robót budowlanych” do SIWZ (pkt C1). Z kolei w zakresie warunku dotyczącego potencjału kadrowego należy załączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, według wzoru stanowiącego zał. Nr 6: „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” do SIWZ (pkt C2). Z kolei według postanowień ze str. 10 SIWZ: „2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji

60

zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

W zał. nr 9 do SIWZ Zamawiający określił szczegółowy opis kryteriów oceny ofert.

Przystępujący Control Process S.A. załączył do oferty wypełniony „Wykaz robót budowlanych” (str. 50-52 oferty) wraz z dokumentami potwierdzającymi, w jego ocenie, że wykonane roboty zostały wykonane należycie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (str. 53-64 oferty). Wymienione w wykazie roboty zostały udostępnione na podstawie zobowiązań WTT ze str. 104 oferty, Strabag ze str. 113-114 oferty. W poz. 1 wykazu podano zadanie, którego odbiorcą był: Miejskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych w Brześciu, wartość brutto – 70.000.000 EUR/290.150.000 PLN; Zakres przedmiotowy: Mechaniczno-Biologiczny Zakład Przetwarzania odpadów w Brześciu (Białoruś). Realizacja w formule „zaprojektuj-wybuduj” instalacji suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o parametrach: fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem i wyładunkiem, o wydajności 45.000 Mg/rok; data rozpoczęcia/zakończenia: 07.2008-06.2011. W poz. 2 wykazu przedstawiono zadanie, którego odbiorcą był: MEAB-Märkische Entsorgungsanlagen - Betriebsgesellschaft GmbH (Niemcy), wartość brutto - 38.200.000 EUR/158.339.000 PLN; Zakres przedmiotowy: Mechaniczno-Biologiczny Zakład Przetwarzania odpadów w Schöneiche. Wykonanie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych w formule: „zaprojektuj-wybuduj”, w skład którego wchodziła instalacja przetwarzania biologicznego (stabilizacja tlenowej) o wydajności 90.000 Mg/rok; data rozpoczęcia/zakończenia: 01.2004-01.2009. W poz. 3 wykazu przedstawiono zadanie, którego odbiorcą był: Hornillos Obra U.T.E. (Hiszpania), wartość brutto – 3.000.000 EUR/12.435.000 PLN; Zakres przedmiotowy: Mechaniczno-Biologiczny Zakład Przetwarzania odpadów w Quart de Poblet, Walencja, Hiszpania. Realizacja w formule: „zaprojektuj i wybuduj”, instalacja przetwarzania biologicznego (stabilizacja tlenowej) o wydajności 100.000 Mg/rok. Załączono (zgodnie z użytą terminologią) do poz. 1 – dwa listy referencyjne z V 2011 r./oryginały i tłumaczenia – str. 53-59 oferty/, do poz. 2 – jeden list referencyjny z 17.07.2012 r. /oryginał i tłumaczenie – str. 60-61 oferty/, a do poz. 3 – jedno referencje z 22.11.2011 r. oraz oświadczenie WTT /oryginał i tłumaczenie – str. 62-64 oferty/.

Przystępujący Control Process S.A. załączył do oferty wypełniony „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (str. 65-83 oferty) wraz z oświadczeniem dwóch osób (str. 84-85 oferty). W poz. 1 wymieniono p. J..... Z..... w ramach jego doświadczenia zawodowego wskazano m.in.: 1 – 12.1999-09.2002

61

/Doświadczenie zawodowe przy realizacji inwestycji budowlanej- budowy wyposażenia nowej drukarni Heat-Setowej RR Donnelly Europe, wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Igołomskiej 25 w Krakowie – kierowanie zamówieniem na roboty

budowlane wraz z projektowaniem, w skład którego wchodziło realizacja kompletnego projektu budowlanego, uzyskanie stosownych decyzji i pozwoleń, budowa obiektów kubaturowych wraz z dostawą maszyn i urządzeń oraz rozruch technologiczny instalacji o wartości brutto ok. 165.000.000,00 PLN; 2 – 03.2004-12.2008 /Doświadczenie zawodowe przy realizacji inwestycji budowlanej-Przebudowa układu komunikacyjnego drogowo-tramwajowego, wraz z budową tunelu pod Dworcem Głównym w Krakowie oraz przebudową Ronda Mogińskiego i Ronda Grzegórzeckiego w ramach budowy Krakowskiego Szybkiego Tramwaju-kierowanie zamówieniem na roboty budowlane wraz z projektowaniem, w skład którego wchodziło realizacja kompletnego projektu budowlanego, uzyskanie stosownych decyzji i pozwoleń, budowa obiektów kubaturowych wraz z dostawą maszyn i urządzeń oraz rozruch technologiczny instalacji o wartości brutto 450.000.000,00 PLN/.

Zamawiający w dniu 28.12.2012 r. wezwał do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w końcowej części wezwania po uwadze – odniósł się do poz. 2 wykazu, wypowiadając się warunkowo w zakresie braku w referencji informacji, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W ramach odpowiedzi z dnia 03.01.2013 r. CONTROL PROCESS S.A. przedłożył oświadczenie firmy Strabag.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 87/13 wyjaśnił, że w ramach „Wykaz robót budowlanych” uznał zadanie wskazane w poz. 1 i 3, zaś w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” nie miał podstaw do kwestionowania doświadczenia zawodowego p. J..... Z.....

Odwolujący w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 w ramach pisma procesowego z dnia 28.01.2013 r. załączył: oświadczenie p. G..... K..... z dnia 24.01.2013 r., oświadczenie Chemobudowy – Kraków S.A. z dnia 28.01.2013 r., poświadczoną przez Chemobudowę – Kraków S.A. kopie listu referencyjnego z dnia 18.03.2002 r. wystawionego przez RR Donnelley Poland Sp. z o.o. na okoliczność naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Z kolei, Przystępujący Control Process S.A. w ramach pisma procesowego z dnia 29.01.2013 r. załączył: pismo firmy Hornillos z dnia 03.12.2012 r., oświadczenie z dnia 24.01.2013 r. RR Donnelley Poland Sp. z o.o. dotyczące projektu Budowa drukarni Heat Setowej, oświadczenie p. J..... Z..... z dnia 17.01.2013 r., oświadczenie p. J..... Z..... z dnia 17.01.2013 r. dotyczące projektu Przebudowa układu Komunikacyjnego drogowo-tramwajowego, wraz z budową tunelu pod Dworcem Głównym w Krakowie, zaświadczenie o zatrudnieniu z dnia 18.12.2008 r., zakres obowiązków

służbowych p. J..... Z..... z 08.12.2006 r., oświadczenie Agencji Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie z dnia 28.01.2013 r. na potwierdzenie prawidłowości wykazu robót i osób.

Odwolujący w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 i art. 46 ust. 4a Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które zostały złożone w ofercie, co w konsekwencji może prowadzić do wykluczenia Odwołującego w zw. z niepotwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty i nieuzasadnionego zatrzymania złożonego przez Odwołującego wadium w postępowaniu;
- 2) art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia, poprzez nieuwzględnienie jako zgodnych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i SIWZ złożonych w ofercie Odwołującego dokumentów wydanych przez właściwy organ hiszpański w zakresie dotyczącym niekaralności członka Zarządu Mostostal Warszawa S.A. – p. M..... A..... H..... L..... zamieszkałego w Hiszpanii oraz niekaralności mającego siedzibę w Hiszpanii podmiotu udostępniającego potencjał (Acciona Infraestructuras S.A.), potwierdzającego brak orzeczenia wobec tej spółki zakazu ubiegania się o zamówienia, co może prowadzić do niepotwierdzenia przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty;

- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zw. z zatrzymaniem za rzekome możliwości nieuzasadnionego wadium niedokonanie uzupełnienia dokumentów i rzekome niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4) oraz innych przepisów ujętych w uzasadnieniu niniejszego odwołania (art. 26 ust. 4 Pzp, jak również § 4 ust. 4 Rozporządzenia).

Odwolujący w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Control Process S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i ust. 4 oraz art. 22 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ofercie wybranego Wykonawcy w zakresie potencjału wiedzy i doświadczenia oraz kadrowego, w wyniku której zaniechał on wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania i odrzucenia złożonej przezeń oferty;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4 a, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie

63

złożonej przezeń oferty z powodu rzekomego nieuzupełnienia dokumentów na bezprawne wezwanie Zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nieuzasadnionego zatrzymania wadium w postępowaniu;

4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z nieuzasadnionym wyborem oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu oraz bezprawnym wykluczeniem Odwołującego za rzekome niedokonanie uzupełnienia dokumentów i rzekome niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z zastosowaniem rygoru zatrzymania wadium w postępowaniu;

5. oraz innych przepisów ujętych w uzasadnieniu niniejszego odwołania (art. 26 ust. 4 Pzp, jak również § 4 ust. 4 Rozporządzenia).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 dotyczących naruszenia przez Zamawiającego: a) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 Pzp; b) art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 i § 4 Rozporządzenia; c) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp i d) innych przepisów ujętych w uzasadnieniu niniejszego odwołania (art. 26 ust. 4 Pzp, jak również § 4 ust. 4 Rozporządzenia), Izba uznała w/w zarzuty za zasadne. Przy czym, Izba zastrzega, że kluczowym dla uwzględnienia odwołania było potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje, że uznała za prawidłowe zaświadczenie z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla p. M..... A..... H..... L..... Członka Zarządu Mostostal Warszawa S.A. (str. 73-67 oferty/oryginał wraz z tłumaczeniem/) i zaświadczenie z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla Acciona Infraestructuras S.A. (str. 129 - 132 oferty /oryginał wraz z tłumaczeniem/ wobec podmiotu udostępniającego w trybie art. 26 ust.2 b Pzp) złożone do oferty, jak i ponownie w ramach uzupełnienia.

W pierwszym wypadku, Izba uznaje, że zaświadczenie z *Registro Central de Penados* jest odpowiednikiem polskiej Krajowej Informacji Karnej. Podziela stanowisko wynikające z orzecznictwa m.in. wyrok KIO z dnia 09.02.2012 r., sygn. akt: KIO 168/12, że: „(...) podstawą rozróżnienia, czy wykonawca powinien złożyć zaświadczenie, czy

64

oświadczenie, będzie rodzaj istniejących w danym kraju rejestrów i dokonywanych w nich wpisów. W odniesieniu do Hiszpanii (...) zakres *Registro Central de Penados* jest odpowiednikiem polskiej Krajowej Informacji Karnej, a zaświadczenie przez niego wydawane jest dokumentem, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (...). Nie ma przy tym znaczenia, że katalog hiszpańskich wykroczeń i przestępstw nie jest identyczny, a raczej – jak wykazały obie Strony – sam katalog czynów jest podobny, a jedynie odmienna jest granica, która definiuje dany czyn jako wykroczenie albo przestępstwo.” Nadto: „Z przytoczonych § 4 rozporządzenia (...) oraz art. 45 ust. 3 dyrektywy wynika, że ustawodawca europejski, a za nim i krajowi uznali, że za „wystarczający dowód instytucje

zamawiające przyjmują” zaświadczenie z właściwego rejestru karnego danego kraju. Oczywiście jest, że zasady prowadzenia rejestrów w poszczególnych państwach są odmienne, zatem ta okoliczność nie stanowi podstawy do negowania zaświadczeń zagranicznych, a sam zakres informacji zawartych w takim zaświadczeniu nie musi być identyczny jak w KRK, chyba że informacje gromadzone w danym rejestrze generalnie nie odpowiadają przestępstwom wymienionym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, np. będzie to rejestr osób, wobec których orzeczono zakaz pracy z osobami małoletnimi.” Izba także podziela stanowisko wynikające z wyroku KIO z dnia 29.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 303/10 o braku konieczności dodatkowego składania obok zaświadczenia z danego kraju oświadczenia przed notariuszem. Nadto: „Nie sposób także uznać, że racjonalny ustawodawca, przewidując w przepisach rozporządzenia w pierwszej kolejności obowiązek wykazywania warunku w zakresie niekaralności, poprzez zaświadczenie właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności, poprzez dokument zawierający oświadczenie osoby, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.” Niniejsze orzeczenie zostało podtrzymane wyrokiem SA w Katowicach z dnia 07.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 225/10. Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku KIO z dnia 26.01.2011 r., sygn. akt: KIO 63/11 dotyczącym bezpośrednio Królestwa Hiszpanii. Izba dodatkowo stwierdza, w kontekście argumentacji Zamawiającego z rozprawy, że wielokrotnie wyjaśniała czym jest, czy też jak należy rozumieć miejsce zamieszkania osoby fizycznej – przykładowo wyrok z dnia 29.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1486/10. Zaś p. M..... A..... H..... L..... złożył wraz z pismem procesowym z dnia 31.01.2013 r. oświadczenie, że miejscem jego zamieszkania jest Królestwo Hiszpanii. Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw wynikających z oferty do uznawania, że tym miejscem zamieszkania jest Polska, jak twierdził podczas rozprawy. Nie wynikało to również /ewentualne wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie/ z wezwania z dnia 28.12.2012 r.

65

W drugim wypadku, Izba stwierdza za orzecznictwem m.in. wyrok KIO z dnia 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1718/12, że: „nie przeczy możliwości uzyskania po nowelizacji prawa hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności względem osób prawnych, przy czym odsyłając w sposób szczegółowy do wyroku z dnia 22.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1201/12, czy też w szczególności 214 stronicowego uzasadnienia wyroku z dnia 29.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1010/12; KIO 1034/12; KIO 1035/12; KIO 1037/12; KIO 1038/12 stwierdza, że należy takie zaświadczenie łączyć z art. 24 ust.1 pkt 9 Pzp, czyli podmiotami zbiorowymi, wobec których orzeka się zakaz ubiegania się o zamówienie.”

Odnosnie e-maila od p. K..... F..... z ambasady hiszpańskiej i dołączonej opinii prawnej, na której podstawie Zamawiający nie uznał zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla Acciona Infraestructuras S.A., Izba zwraca uwagę Zamawiającemu, że załączona opinia pochodzi z 2008 r. (co wynika z e-maila i ostatniej strony opinii). Wątpliwy także wydaje się aktualny charakter załączonej opinii, która powołuje się na nieobowiązujące Rozporządzenie z 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Z e-maila wynika również, że nadawca odnosił się do rejestru przedsiębiorstw, które nie wywiązały się ze zobowiązań, czyli nienależytego wykonania umowy, co jest czymś zupełnie innym niż zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne: „(...) potwierdzam, że Instytucją prowadzącą rejestr przedsiębiorstw, które nie wywiązały się ze zobowiązań wziętych na siebie z tytułu realizacji Zamówienia Publicznego jest Junta Consultiva de Contratacion Administrativa podległa Ministerstwu Gospodarki i Finansów (Ministerio de Economia y Hacienda) (...)”. W konsekwencji, w ocenie Izby, informacja na której oparł swoje stanowisko Zamawiający wymagała dalszych wyjaśnień. Przy czym, Izba wskazuje, że w zakresie prawidłowości zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie dla Acciona Infraestructuras S.A. oparła się nie tyle na opinii prawnej hiszpańskiego radcy prawnego (w oryginale wraz z tłumaczeniem przysięgłym) załączonej przez Mostostal Warszawa S.A. do pisma procesowego z dnia 31.01.2013 r., ale na konsekwencji wynikającej ze zmiany prawa Królestwa Hiszpanii dokonanej w dniu 14.11.2011 r. Dekretem Królewskim 1611/2011 dostosowującym hiszpański rejestr karny do uprzedniej nowelizacji kodeksu karnego z 2010 r. w zakresie odpowiedzialności karnej osób prawnych.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp, Izba wskazuje,

że uwzględniając niniejszy zarzut, w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający winien poprzedzić ewentualne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwaniem do wyjaśnień w tym trybie jeśli miał jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie zaświadczeń z Centralnego Rejestru Skazanych w Madrycie np. względem miejsca zamieszkania p. M..... A..... H..... L....., co podnosił jako argument na rozprawie. W tym zakresie, Izba częściowo uznała

66

również zarzut naruszenia § 4 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane /Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817/, albowiem mimo uzyskania informacji z ambasady hiszpańskiej zaistniała konieczność uzyskania dodatkowych wyjaśnień.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp w odwołaniu o sygn. akt: KIO 33/13, Izba uznaje że niniejszy zarzut na etapie wezwania jest przedwczesny (Zamawiający, ani nie wszczął procedury, ani też nie zatrzymał wadium) i mimo uznania niezasadności samego wezwania z dnia 28.12.2012 r. podlega on oddaleniu. Jednocześnie, Izba podnosi, że niniejszy zarzut nie może stanowić samodzielnej podstawy do uwzględnienia odwołania z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie większości zarzutów, w tym kluczowego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 33/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 dotyczących naruszenia przez Zamawiającego: a) art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4 a, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, czy też b) oraz innych przepisów ujętych w uzasadnieniu niniejszego odwołania (art. 26 ust. 4 Pzp, jak również § 4 ust. 4 Rozporządzenia) Izba ponawia argumentację przedstawioną w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 33/13, uznając ją za adekwatną i kluczową dla uwzględnienia przedmiotowego odwołania o sygn. akt: KIO 87/13, wskazując jedynie, że Zamawiający błędnie wykluczył Mostostal Warszawa S.A. z udziału w postępowaniu i odrzucił jego ofertę. W tym wypadku w ramach czynności z dnia 04.01.2013 r., Zamawiający mimo, że nie zatrzymał wadium, tzn. nie wystąpił do gwaranta o wypłatę wadium, nie oddał gwarancji wadium, mimo wykluczenia, stąd działanie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 było uzasadnione. Nie zmienia powyższe, że zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy do uwzględnienia odwołania z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 skierowanych względem CONTROL PROCESS SA dotyczących naruszenia przez Zamawiającego: a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; b) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i ust. 4 oraz art. 22 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

W pierwszym wypadku, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, jak i Przysięgującego po jego stronie CONTROL PROCESS S.A., że brak było obowiązku

67

wypełnienia i załączenia do oferty zał. nr 9 do SIWZ. Trafnie podnosił w swoim piśmie procesowym z dnia 29.01.2013 r. CONTROL PROCESS S.A., że zgodnie z uwagą pod tabelą na str. 26 SIWZ - zał. nr 9 do SIWZ stanowi opis kryteriów oceny ofert zawierających szczegółową informację w jaki sposób Zamawiający będzie oceniał poszczególne kryteria punktowane w ofercie. Stanowi więc integralną część SIWZ, a nie ofert. Nie jest też wymieniony w Rozdz. VI SIWZ - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów. W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut naruszenia w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W drugim wypadku, Izba wskazuje, że odnośnie poz. 3 wykazu robót brak jest podstaw do kwestionowania uprawnień wystawcy załączonych jednych referencji, w tym zakresie Izba oparła się na piśmie firmy Hornillos z dnia 03.12.2012 r. do pisma procesowego z dnia 29.01.2013 r. CONTROL PROCESS S.A., z którego wynika, że Hornillos jest właścicielem i operatorem Mechaniczno-Biologiczny Zakład Przetwarzania

odpadów w Quart de Poblet, Walencja, Hiszpania, czyli jako odbiorca miał prawo wystawić przedmiotowe referencje na rzecz podmiotu udostępniającego WTT. Powyższe jest zbieżne z załączonymi do odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 87/13 przez Zamawiającego wydrukami z dnia 28.01.2013 r. /w j. hiszpańskim wraz z tłumaczeniem/ stron internetowych: http://www.entre.es/ent_hornillos.php ; www.entre.es/valenciano/actual_hornillos.php#datos_tecnicos-tab.

Na marginesie, Izba dodaje, że jeśli nawet uznać, czego jednakże nie potwierdza przedmiotowy stan faktyczny, że wystawcą był Generalny Wykonawca wykazanej roboty, w żadnym wypadku taki stan rzeczy nie dyskwalifikuje przedmiotowej referencji. W tym zakresie, Izba podziela stanowisko, że doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 676/09).

Względem poz. 2 wykazu robót Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 podniósł kwestie braku w załączonych jednych referencjach (użyto sformułowania: list referencyjny) informacji, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, braku formuły: „zaprojektuj i wybuduj”, tudzież niezgodności daty zakończenia prac i odbioru instalacji wskazanej w jednych referencjach, a uwidocznionej na stronie internetowej: <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>. Druga przywołana w odwołaniu strona internetowa: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php> została podana w kontekście poz. 3 wykazu. Odnośnie kwestii braku w referencji formuły: „zaprojektuj i wybuduj”, Izba podzieliła stanowisko CONTROL PROCESS S.A. odnośnie braku

68

konieczności zawierania takiej informacji w dokumencie referencyjnym. Stosowne oświadczenie w tym zakresie znajduje się w poz. 2 wykazu i jest wystarczające. Względem niezgodności daty zakończenia prac i odbioru instalacji wskazanej w przedmiotowych referencjach, a uwidocznionej na stronie internetowej: <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html> , Izba podzieliła stanowisko wynikające z orzecznictwa, co do niemiarodajności stron internetowych, jako źródła informacji, z uwagi na ich często nieaktualny, niewyczerpujący i hasłowy charakter. W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe znalazło swoje potwierdzenie w szczególności w dowodach załączonych do odwołania KIO 90/13 odnośnie poz. 3 wykazu, w ramach których administrator strony internetowej dostosował jej treść - <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php> - tj. datę do daty wskazanej w jednych referencjach (użyto sformułowania: referencje). W ostatniej kwestii dotyczącej poz. 2 wykazu, Izba nie przeczy stanowisku CONTROL PROCESS S.A., że wskazanie w jednych referencjach daty zakończenia prac i odbioru instalacji może świadczyć o tym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, jednakże w tym zakresie pozostają wątpliwości, a treść jednych referencji dotyczących poz. 2 wykazu jest bardziej enigmatyczna, tzn. brak jest opisu lub innych stwierdzeń pozwalającego uznać, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej w odróżnieniu od np. treści jednych referencji Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13. Zasadnym jest również podkreślenie, że brak jest jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie zarzutu złożenia przez CONTROL PROCESS S.A. nieprawdziwych informacji, nie jest więc zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przy czym, Izba uznała, że nie miało miejsce w tym zakresie wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ani też uzupełnienie, podzielając stanowisko CONTROL PROCESS S.A. ze str. 4 i 5 pisma procesowego z dnia 29.01.2013 r. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zarzutu jest również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w ocenie Izby, w ramach nakazanego Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, brak jest przeszkód do wezwania CONTROL PROCESS S.A. przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia w tym zakresie. Jednakże, Izba nie nakazuje Zamawiającemu określonych działań uznając, że roboty wskazana w poz. 1 (w tym zakresie uzasadnienie przy rozpatrywaniu odwołania KIO 90/13) i poz. 3 wykazu są wystarczające na potwierdzenie warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia (w tym zakresie również uzasadnienie przy rozpatrywaniu odwołania KIO 90/13), a wadliwość jednych referencji dotyczącej poz. 2 po pierwsze jest usuwalna, po drugie nie ma wpływu na wynik – art. 192 ust. 2 Pzp.

W aspekcie wykazu osób i doświadczenia zawodowego – p. J..... Z.....,

lżba uznała za wystarczające dla potwierdzenia wymaganego przez Zamawiającego potencjału kadrowego dla osoby przeznaczonej na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy,

69

doświadczenie przy realizacji inwestycji budowlanej – budowy i wyposażenia nowej drukarni Heat Setowej. W tym wypadku, lżba uznała za wiarygodne oświadczenie z dnia 24.01.2013 r. RR Donnelley Poland Sp. z o.o. dotyczące projektu Budowa drukarni Heat Setowej, jak i oświadczenie p. J..... Z..... z dnia 17.01.2013 r. złożone przez CONTROL PROCESS S.A. do pisma procesowego z dnia 29.01.2013 r. wraz z przedstawioną na rozprawie argumentacją. W konsekwencji, negując stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 i złożone przez niego wraz z pismem procesowym z dnia 28.01.2013 r.: oświadczenie Chemobudowy – Kraków S.A. z dnia 28.01.2013 r. oraz poświadczoną przez Chemobudowę – Kraków S.A. kopię listu referencyjnego z dnia 18.03.2002 r. wystawionego przez RR Donnelley Poland Sp. z o.o., jako odnoszące się jedynie do niewielkiej części całości realizowanej inwestycji. Z tych samych względów, lżba na podstawie poświadczanego za zgodność z oryginałem przez Dyrektora ds. Technicznych RR Donnelley Poland Sp. z o.o. K..... Z..... listu referencyjnego z dnia 18.03.2002 r. przedłożonego na rozprawie przez Mostostal Warszawa S.A., nie uznała jego stanowiska o braku wiarygodności osoby p. K..... Z....., która podpisała oświadczenie z dnia 24.01.2013 r. RR Donnelley Poland Sp. z o.o. dotyczące projektu Budowa drukarni Heat Setowej załączone do pisma procesowego CONTROL PROCESS S.A. z dnia 29.01.2013 r. lżba uznała także, że analiza postanowień SIWZ ze str. 8 i 9 pozwala, na uznanie stanowiska CONTROL PROCESS S.A., iż Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy osobą, która ma doświadczenie zawodowe zdobyte także po stronie Inwestora/Zamawiającego (w rezultacie oświadczenie p. G..... K..... z dnia 24.01.2013 r. złożone przez Mostostal Warszawa S.A. z pismem procesowym z dnia 28.01.2013 r. ma charakter bezprzedmiotowy). Trafnie również podnoszono, że funkcja Przedstawiciela Wykonawcy nie ma charakteru ustawowego, lecz umowny. W konsekwencji, brak jest podstaw do uznania zarzutu w tym jego elemencie. lżba nie uznała drugiego wykazywanego zadania inwestycyjnego w ramach doświadczenia p. J..... Z..... albowiem ani z pisma procesowego z dnia 29.01.2013 r., ani też załączonych: oświadczenia p. J..... Z..... z dnia 17.01.2013 r. dotyczącego projektu Przebudowa układu Komunikacyjnego drogowo-tramwajowego, wraz z budową tunelu pod Dworcem Głównym w Krakowie, zaświadczenia o zatrudnieniu z dnia 18.12.2012 r., zakresu obowiązków służbowych p. J..... Z..... z 08.12.2006 r., czy też oświadczenia Agencji Rozwoju Miasta SA w Krakowie z dnia 28.01.2013 r. nie wynika, jakiego rodzaju dostawa urządzeń i rozruch technologiczny miała miejsce. lżba także wskazuje, że mimo braku definicji obiektu kubaturowego, drogi i tory nie mają takiego charakteru. W pozostałym zakresie, lżba podzieliła stanowisko CONTROL PROCESS S.A. Przy czym, lżba podnosi, że wystarczające było wykazanie się wymaganym doświadczeniem zawodowym jedynie na jednej inwestycji, co miało miejsce w przedmiotowym stanie

70

faktycznym. Należy podkreślić, że lżba nie uznała w tym zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jedynie zaistnienie uzasadnionych wątpliwości, które jeśli istniałyby taka konieczność wymagałyby wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp.

Zarzut dotyczący osoby technologa wykazanej przez CONTROL PROCESS S.A. został na rozprawie cofnięty przez Mostostal Warszawa S.A.

Odnosnie zarzutu odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, lżba uznała niniejszy zarzut za potwierdzony jedynie w zakresie dotyczącym niezasadności wykluczenia Mostostal Warszawa S.A. z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutów dotyczących Mostostal Warszawa S.A., lżba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 87/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 - Konsorcjum Comsa Emte:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Postanowienia SIWZ w zakresie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia zostały wskazane w ramach ustaleń dotyczących odwołania o sygn. akt: KIO 33/13 oraz 87/13. Konsorcjum Comsa Emte załączyło do wykazu robót - referencje wystawione przez F..... J..... Q..... dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A., w Barcelonie (str. 77-79 w j. hiszpańskim, str. 80-81 w tłumaczeniu). W przedmiotowej referencji znalazła się informacja, iż podmiot na potencjale którego polegał Odwołujący, tj. COMSA EMTE MEDIOAMBIENTE, SLU (oświadczenie o udostępnieniu potencjału - str. 87 oferty), wziął udział w budowie Ekoparku w Barcelonie. Ponadto znalazła się również informacja, iż ostateczne uruchomienie przedmiotu umowy nastąpiło w dniu 15.07.2011 r., kiedy to zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie usługi wykonane przez Comsa Medioambiente dla UTE ECOPARC (konsorcjanta Comsa Medioambiente przy realizacji wskazanego projektu). W dalszej części treści przedmiotowej referencji znalazł się szczegółowy opis funkcjonowania przedmiotu zrealizowanego projektu. Wskazany dokument został wydany w dniu 10.10.2012 r. W dniu 28.12.2012 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Comsa Emte w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

71

spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W treści niniejszego pisma Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w ofercie przedstawił wprawdzie referencje wystawione przez F..... J..... O..... dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA, S.A. w Barcelonie jednak, zdaniem Zamawiającego, przedmiotowe referencje nie zawierały informacji o tym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, iż wymagany dokument należy uzupełnić w formie pisemnej do dnia 04.01.2013 r. do godz. 12:00, pod rygorem wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tego samego dnia, w którym Konsorcjum Comsa Emte otrzymało wezwanie do uzupełnienia dokumentów, tj. w dniu 28.12.2012 r., poprzez swojego przedstawiciela - p. V..... S..... L....., zwróciło się on do Zamawiającego najpierw telefonicznie, a następnie drogą elektroniczną z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Uzupełnienie zostało przesłane faxem 03.01.2013 r., a pisemnie 21.01.2013 r.

Odnośnie oferty CONTROL PROCESS S.A. oraz załączonego wykazu robót oraz referencji zostały dokonane stosowne ustalenia w odwołaniu o sygn. akt: KIO 33/13 oraz 87/13. Nadto, postanowienia SIWZ dotyczące wymaganej wiedzy i doświadczenia pozwalały na spełnienie przedmiotowego warunku na dwa sposoby, co również wynika z ustaleń dokonanych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 33/13 oraz 87/13, w konsekwencji wymogi w tym zakresie są odmienne w zależności od przyjętego przez danego Wykonawcę sposobu wykazania spełniania warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

W Rozdz. XIII SIWZ pkt 4 Zamawiający wskazał, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonany zostanie w oparciu o następujące kryteria oceny ofert: (Cena (C) – 80 pkt, Rozwiązania Techniczne (T) – 7 pkt, Eksploatacja (E) – 13 pkt). Na str. 8 zał. nr 9 do SIWZ: „Opis kryteriów oceny ofert” doprecyzowano, iż w zakresie kryterium Eksploatacji (E) (13 pkt) Zamawiający dokona następującej oceny: E.1 - Roczny koszt zużycia reagentów podawanych do procesu dla fermentacji metanowej i do dezodoryacji – 3 pkt; E.2 - Produkcja biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego – 8 pkt; E.3 - Dyspozycyjność wężła Kogeneracji – 2 pkt. Na str. 10 zał. nr 9 do SIWZ: „Opis kryteriów oceny ofert” przyjęto tabelę punktacji dla kryterium produkcji biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego, zgodnie z którą, przy osiągnięciu poziomu 95% produkcji biogazu względem wyniku testu fermentacyjnego gwarantowanego przez danego wykonawcę, zostanie mu przyznane 8 pkt (maksymalna liczba). Im mniejsza zostanie wskazana wartość procentowa tym mniej punktów zostanie przyznanych.

72

CONTROL PROCESS S.A. przy ocenie jego oferty otrzymał maksymalną liczbę punktów (8 pkt) w zakresie kryterium eksploatacji pn. „*Produkcja biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego*”. Uzasadnieniem dla powyższego był fakt, że w swojej ofercie na str. 13 oświadczył, iż gwarantuje produktywność biogazu na poziomie 95%, w odniesieniu do określonej w warunkach laboratoryjnych możliwości uzyskiwania biogazu wg normy VDI 4630. Powyższe oświadczenie znalazło także odzwierciedlenie w kolejnych częściach oferty Control Process S.A. (m. in. na str. 14 oferty).

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania słuszności zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej, zarzucił naruszenie;
- 2) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w postępowaniu. W przypadku nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w pkt 1) oraz 2) powyżej, zarzucił naruszenie;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia poprzez wskazanie w treści wezwania doręczonego Odwołującemu w dniu 28.12.2012 r., iż dokumenty mogą być uzupełnione jedynie w formie pisemnej podczas gdy § 6 ust. 1 Rozporządzenia traktuje jako formę równorzędną formę kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę;
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez: a) wyznaczenie Odwołującemu, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, a faktycznie uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ich uzupełnienie; b) odmowę przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów o czas niezbędny do ich uzupełnienia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 (oraz z art. 24 ust. 4 Pzp – niniejszy fragment został na rozprawie zawnioskowany do usunięcia, jako omyłka pisarska) w zw. z art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 46 ust. 4a Pzp oraz innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania /nie były wskazane/ poprzez błędne przyjęcie, iż zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego, odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium w sytuacji kiedy Odwołujący złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w pkt 1) powyżej, zarzucił naruszenie;
- 2) art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 5 Kc poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu. Ponadto zarzucił naruszenie:

73

3) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca Control Process złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie:

- a) gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego;
- b) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche;
- c) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Pobiet w Walencji (Hiszpania);
- d) wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche; co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

4) art. 24 ust. 4 Pzp (na rozprawie niniejsza podstawa prawna została zawnioskowana do zmiany z uwagi na omyłkę pisarską na art. 26 ust. 4 Pzp, a następnie dodano również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp) poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Control Process w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez wskazanego wykonawcę referencji dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu (Białoruś).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie

warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała zasadność niniejszego zarzutu, w konsekwencji uwzględniając odwołanie o sygn. akt: KIO 39/13 i odstępując z uwagi na ich alternatywny charakter od rozpoznania pozostałych zarzutów.

Izba nie przeczy, że w nieuznanym przez Zamawiającego dokumencie z dnia 10.10.2012 r. potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu (str. 77-79 oraz 80-81 oferty) nie użyto sformułowania: „(...) roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Jednakże, tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym nie jest ważny tytuł danego dokumentu - zaświadczenie, ale jego treść, tak o tym, że dany dokument potwierdza wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie nie musi świadczyć tylko i wyłącznie literalne użycie tego sformułowania, ale również cała treść listu referencyjnego, tudzież użycie innych sformułowań pozwalających na miarodajne dojście do tych samych wniosków. Powyższe jest zgodne z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia: „(...) załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

74

W ocenie Izby, przesądzające o uznaniu wystarczającego charakteru powyższego dokumentu jest stwierdzenie, że: „Ostateczne uruchomienie ESCOPARC DE BARCELONA nastąpiło 15 lipca 2011 r., kiedy to zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie usługi wykonane dla ETU ECOPARC”. Izba wzięła także pod uwagę, że czasookres pomiędzy zakończeniem robót, a uruchomieniem maszyn i urządzeń, czyli zakładu z uwagi na szczególny charakter zamówienia jest każdorazowo kilkuletni. Powyższe *de facto* potwierdziły na rozprawie wszystkie strony i uczestnicy postępowań odwoławczych. Nadto, Izba przywołuje inne sformułowania: „(...) Zakres prac wykonanych (...) obejmował budowę (...), jak i modernizację włączając prace budowlane, projekt, instalacje”; „Kwota początkowa prac związanych z modernizacją zgodnie z umową (...) wynosiła 31725844,83 euro. Suma końcowa uległa zmianie z powodu powiększenia budżetu i końcowa wartość prac wynosiła 52 394,01 euro zgodnie z protokołem odbioru”; „Ekopark na skalę przemysłową działa w zakresie przetwarzania mechaniczno - biologicznego odpadów komunalnych oraz biometanizacji”. W treści dokumentu znajdują się również szczegółowe opisy wydajności zakładu (str. 81 oferty) i informacja, że: „(...) podane wartości są rzeczywiste (...)”, a: „(...) zaświadczenie, wydaje się na prośbę zainteresowanego (...)”. Izba wzięła pod uwagę wszystkie wskazane stwierdzenia, jednocześnie podtrzymując, że treść niniejszego dokumentu nie jest tak enigmatyczna, tzn. pozbawiona opisu lub innych stwierdzeń pozwalającego uznać, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, jak treść jednych referencji załączonych do poz. 2 wykazu CONTROL PROCESS S.A. W konsekwencji, uznając, że z treści dokumentu wynika, że wykazane zadanie zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone: „(...) zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie (...)”. Brak jest jakichkolwiek przesłanek do kwestionowania wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, gdyż wątpliwym jest, aby wystawca na wniosek zainteresowanego wystawiałby zaświadczenie o charakterze *de facto* listu referencyjnego. Tudzież dokonywał płatności większej niż zakładano pierwotnie, raczej egzekwując warunki umowy bez dodatkowej zapłaty. W konsekwencji Izba uznała, za bezprzedmiotowe wezwanie Zamawiającego z dnia 28.12.2012 r.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 (oraz z art. 24 ust. 4 Pzp – niniejszy fragment został na rozprawie zawnioskowany do usunięcia, jako omyłka pisarska) w zw.

75

z art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 46 ust. 4a Pzp oraz innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania (nie były wskazane), Izba ponawia argumentację przedstawioną w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 39/13, uznając ją za adekwatną

i kluczową dla uwzględnienia przedmiotowego odwołania (KIO 90/13), wskazując jedynie, że Zamawiający błędnie wykluczył Konsorcjum Comsa Emte z udziału w postępowaniu i odrzucił jego ofertę. W tym wypadku w ramach czynności z dnia 04.01.2013 r., Zamawiający również nie zatrzymał wadium, choć udzielił informacji w tym zakresie i nie zwrócił wadium, mimo wykluczenia, stąd działanie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13. Nie zmienia powyższe, że zarzut naruszenia art. 46 ust.4 a Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy do uwzględnienia odwołania z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp. Przywołane zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 naruszenia pozostałych przepisów wskazanych powyżej, wobec uwzględnienia zarzutu głównego są bezprzedmiotowe, choć nie mają tak jak w odwołaniu o sygn. akt: KIO 39/13 charakteru alternatywnego (jest nim jedynie kolejny zarzut wskazany w *petitum* odwołania). Izba przy czym, odniesie się do nich ogólnie uznając bowiem generalnie - brak przesłanek do wezwania z dnia 28.12.2012 r. Należy podnieść, że wobec nie kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ w zakresie prymatu formy pisemnej także w odniesieniu do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp na etapie SIWZ, wszyscy Wykonawcy byli nimi związani (a ewentualne kwestionowanie postanowień SIWZ było spóźnione), w konsekwencji pragnąc dołożyć należytej staranności Wykonawcy winni liczyć się z ewentualnymi wynikającymi stąd utrudnieniami technicznymi, które jednakże nie były nie do przeżycia przy obecnym stanie rozwoju technologicznego. W dużej mierze o zdolności do uzupełnienia oferty stanowi kwestia motywacji zainteresowanej strony. Bez względu bowiem na ocenę wyznaczonego terminu przez Zamawiającego otrzymanie pisemnego uzupełnienia 3 tygodnie po wezwaniu jest okolicznością mogącą świadczyć o niewystarczającej motywacji ze strony zainteresowanego. Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, Izba jedynie stwierdza, że w sytuacji gdyby konieczne było wtórne potwierdzenie, że dane zamówienie zostało: „(..) wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”, instytucja wezwania do wyjaśnień w tym trybie byłaby niewystarczająca.

Odnośnie zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca Control Process S.A. złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie: a) gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego; b) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche; c) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów

76

w Quart de Pobiet w Walencji (Hiszpania); d) wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche; co miało istotny wpływ na wynik postępowania, Izba uznała, że w/w zarzuty nie zostały potwierdzone.

W pierwszym wypadku, brak jest podstaw do kwestionowania oświadczenia w zakresie gwarantowanej wartości procentowej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego złożonego przez Control Process S.A. na str. 13 i 14 oferty, jako informacji nieprawdziwej mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Bez względu bowiem na wątpliwości Konsorcjum Comsa Emte nie można zarzucić Control Process S.A. złożenia nieprawdziwej informacji wobec pisemnego stanowiska dostawców technologii załączonego do pisma procesowego Control Process S.A. z dnia 28.01.2013 r., tj. oświadczenia firmy Strabag Umweltanlagen GmbH dotyczącego produkcji biogazu oraz oświadczenia firmy Eisenmann Anlagenbau GmbH & Co. KG dotyczącego produkcji biogazu, dopuszczającego możliwość osiągnięcia poziomu produkcji biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego VDI 4630 na poziomie powyżej 95%. Powyższe oświadczenia zostały złożone na potrzeby przedmiotowego postępowania, po zapoznaniu się dokumentacją techniczną Zamawiającego. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 nie udowodnił, że te oświadczenia są nieprawdziwe i technologia nie pozwala na osiągnięcie 95%. W konsekwencji, Izba oddala zarzut w tym zakresie.

Względem: a) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche; b) daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Pobiet w Walencji (Hiszpania), Izba ponawia w tym zakresie argumentację z odwołania KIO 87/13. Konsorcjum Comsa Emte powoływało się na informacje na stronie internetowej: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>; <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>, Izba

podzieliła stanowisko wynikające z orzecznictwa, co do niemierności stron internetowych, jako źródła informacji, z uwagi na ich często nieaktualny, niewyczerpujący i hasłowy charakter. W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe znalazło swoje potwierdzenie w szczególności w załączonych do pisma procesowego z dnia 28.01.2013 r. Control Process S.A. wydrukach z dnia 25.01.2013 r. ze strony internetowej: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php> z poprawną datą zakończenia inwestycji (w oryginale wraz z tłumaczeniem), w ramach których administrator dostosował treść strony internetowej <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php> - tj. datę do daty wskazanej w jednych referencjach (użyto sformułowania: referencje) dołączonych do poz. 3 wykazu, jak i w samym wykazie. Dodatkowo datę zakończenia zadania wykazanego w poz. 3 (X 2009) potwierdza także załączone do pisma procesowego z dnia 28.01.2013 r. Control Process S.A. oświadczenie wystawcy jednej referencji - firmy Hornillos z dnia 03.12.2012 r. Odnośnie daty zakończenia

77

zadania z poz. 2 wykazu, Izba biorąc pod uwagę wątpliwy charakter informacji na stronie internetowej: <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>, uznała za wiarygodną datę zakończenia (I 2009) podaną w poz. 2 wykazu oraz załączonej do niej jednej referencji (użyto sformułowania: list referencyjny). Powyższe potwierdza także oświadczenie załączone do pisma procesowego z dnia 28.01.2013 r. Control Process S.A. firmy Strabag Umweltanlagen GmbH, przy czym Izba zastrzega, że w tym wypadku oparła się w pierwszej kolejności na wykazie i załączonej do niego jednej referencji. W konsekwencji, Izba oddala zarzut w tym zakresie.

Na marginesie, Izba przypomina stronom oraz uczestnikom postępowania, że zgodnie z § 19 ust. 3 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań /Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280/ wszystkie dokumenty przedstawia się na rozprawie w j. polskim, a jeżeli zostały sporządzone w j. obcym, strona oraz uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na j. polski. W konsekwencji, Izba nie dopuściła jako dowodu i nie przyjęła wydruku w j. angielski strony internetowej: <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>, który zamierzało przedłożyć Konsorcjum Comsa Emte na rozprawie w dniu 31.01.2013 r.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche, Izba po analizie postanowień SIWZ oraz treści wykazu robót Control Process S.A. przychyliła się do stanowiska Control Process S.A. wyrażonego na rozprawie oraz w jego piśmie procesowym z dnia 28.01.2013 r. Zamawiający w celu udowodnienia wiedzy i doświadczenia żądał przedstawienia wykonania: „ (...) zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych, o wartości zamówienia brutto minimum 50 000 000,00 PLN oraz zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, czyli polegającym na realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w skład którego wchodziły co najmniej następujące instalacje: 1. stacjonarna zautomatyzowana linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 50 000 Mg/rok zlokalizowana w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego; wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia: a) stację nadawczą, b) przenośniki, c) sito bębnowe, d) separator metali żelaznych, e) separator metali nieżelaznych, f) kabinę sortowniczą,

78

g) stację automatycznego załadunku balastu, h) prasę belującą, i) separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu: • papieru i tektury, • frakcji kalorycznej, tj. mieszaniny tworzyw sztucznych m.in.: PET, PE, PP, folii oraz komponentów RDF (frakcji energetycznej do produkcji paliwa alternatywnego);” oraz „instalacja stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych (fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem i wyładunkiem), o wydajności minimum 15 000 Mg/rok.” (pierwszy sposób wykazania) albo alternatywnie: „Zamawiający również uzna warunek za spełniony jeżeli

Wykonawca wykaże przynajmniej dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych poniżej:

1. jedną sortownię z odpadów zmieszanych o ww. parametrach,
2. jedną instalację suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o ww. parametrach,
3. jedną instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) o wydajności min. 15 000 Mg/rok." (drugi sposób wykazania). Zadanie wykazane w poz. 2 wykazu odnosiło się do drugiego ze sposobów wykazania się spełnianiem warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia (instalacja przetwarzania biologicznego – stabilizacji tlenowej, czyli pkt 3 z drugiego sposobu), gdzie nie było wymogu - separatorów optopneumatycznych. Poz. 3 także odnosiła się do – instalacji przetwarzania biologicznego – stabilizacji tlenowej, czyli także pkt 3 z drugiego sposobu, zaś poz. 1 – instalację suchej fermentacji frakcji organicznej, pkt 2 z drugiego sposobu. Przedstawiono więc Zamawiającemu dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych – uwzględniając kwestie dotyczącą poz. 2 wykazu (odwołanie o sygn. akt: KIO 87/13), pozostają poz. 1 i 3 wykazu, jako spełniające wymogi Zamawiającego. W konsekwencji, Izba oddala zarzut w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego - art. 24 ust. 4 Pzp (na rozprawie niniejsza podstawa prawna została zawnioskowana do zmiany z uwagi na omyłkę pisarską na art. 26 ust. 4 Pzp, a następnie dodano również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp) poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Control Process S.A. w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez wskazanego wykonawcę referencji dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu (Białoruś), Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Jednakże w pierwszej kolejności Izba podkreśla, że brak jest w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, czy też pkt 4 Pzp. Zamianę w tym zakresie zawnioskował Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 oraz KIO 90/13 dopiero po stanowisku Przystępującego po jego stronie do odwołania KIO 90/13 Mostostal

79

Warszawa S.A. Izba w konsekwencji uznaje, że podstawą zarzutu był tylko i wyłącznie art. 26 ust. 4 Pzp co niejako potwierdza sformułowanie w uzasadnieniu faktycznym zarzutu: „(...) w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez wskazanego wykonawcę referencji (...)”. Nadto, Izba podnosi, że w *petitum* odwołania KIO 90/13 wyrażnie zostały oddzielone redakcyjnie zarzuty dotyczące poz. 2 i 3 wykazu robót Control Process SA, od zarzutu dotyczącego poz. 1 jego wykazu robót.

Izba nie przeczy wskazywanej okoliczności, że dwie referencje załączone do wykazu są datowane na V 2011 r., a odnoszą się do zadania, którego zakończenie jest datowane na VI 2011 r. Jednakże, w ocenie Izby, tak załączone dwie referencje (użyto dwukrotnie sformułowania: list referencyjny), jak i załączony do pisma procesowego Control Process SA z dnia 28.01.2013 r. protokół odbioru końcowego wraz z tłumaczeniem potwierdzającym zakończenie i odbiór robót w VI 2011 r. dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu dają wystarczającą podstawę do uznania, że wykazane zadanie zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo zakończone. Powyższe dowodzi, że *de facto* owe referencje zostały sporządzone po zakończeniu zadania, a ewentualne wyjaśnienia w tym zakresie są niecelowe. Odnosząc się do wątpliwości podnoszonych na rozprawie względem – przedłożonego protokołu, Izba wskazuje, że analiza pkt 10, wskazania pod tabelą w pkt 10, pkt 12 – „po przeprowadzeniu indywidualnych prób”, tudzież pkt 16, pkt 18 – „przyjąć do eksploatacji” daje wystarczające podstawy do uznania, że miał miejsce rozruch, ruch próbny oraz przekazanie do eksploatacji zakładu, zaś nadzór wskazywany w pkt 16 protokołu ma charakter wtórny, czy też dodatkowy, jak i termin wynikający z ostatniego akapitu pkt 18. Nie bez znaczenia dla przedmiotowego zarzutu ma kwestia specyfiki zadania, w ramach którego po zakończeniu robót w odstępie pewnego czasu następuje rozruch technologiczny. W konsekwencji, Izba oddala zarzut, uznając, że ewentualne wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, w kontekście przedłożonego protokołu, byłoby zbędne.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu dotyczącego Konsorcjum Comsa Emte, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192

ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach

80

o sygn. akt: KIO 33/13, sygn. akt: KIO 39/13, sygn. akt: KIO 87/13, sygn. akt: KIO 90/13
orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała także wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 39/13 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), adekwatnie do sprawy o sygn. akt: KIO 39/13. W sprawie o sygn. akt: KIO 90/13 Odwołujący nie sformułował stosownego wniosku, ani nie złożył rachunku.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....

81