

Sygn. akt: **KIO/UZP 2393/10**

KIO/UZP 2394/10

WYROK

z dnia 12 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Honorata Łopianowska
Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o., EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław,

B. Konsorcjum: „EKOCENTRUM- Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o., EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, ul. Nowy Rynek 8, 62-095 Murowana Goślina** protestów:

A. Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o., EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław,

B. Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., Grontmij CARL BRO A/S, Lafrentz Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań
z dnia 11 października 2010 r.,

orzeka:

- 1. oddala odwołania,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołującego się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław,**
 - B** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław** na rzecz **Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, ul. Nowy Rynek 8, 62-095 Murowana Goślina,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- B** kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław** na rzecz **Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, ul. Nowy Rynek 8, 62-095 Murowana Goślina**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 556 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław,**
- B** kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: „EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka” z siedzibą w Murowanej Goślinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usług pn.: INŻYNIER dla kontraktów realizowanych w ramach przedsięwzięcia pn. „Kanalizacja obszaru Parku Krajobrazowego Puszcza Zielonka i okolic”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 26 listopada 2009 r. pod poz. 2009/S 228-327696.

W dniu 1 października 2010 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum: GRONTMIJ POLSKA Sp. z o.o., GRONTMIJ NEDERLAND B.V. GRONTMIJ CARL BRO A/S, Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Poznaniu (zwane dalej „Konsorcjum Grontmij”) oraz wykluczył z postępowania Konsorcjum: „EKOCENTRUM” sp. z o.o., EKOSYSTEM S.A., „EKOSYSTEM ZIELONA GÓRA” sp. z o.o. z siedzibą lidera we Wrocławiu (zwane dalej „Konsorcjum Ekocentrum”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na brak złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający uznał, że złożone przez Konsorcjum Ekocentrum dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 lit. a siwz, dot. posiadania średniego zatrudnienia w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w wysokości co najmniej 6 zatrudnionych pracowników, w tym posiadania średniej liczby personelu kierowniczego zatrudnionego w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w wysokości co najmniej 2 zatrudnionych osób personelu kierowniczego. Zamawiający wskazał, że wykonawca w uzupełnionych na wezwanie dokumentach określił średnią liczbę zatrudnionych dla każdego roku oddzielnie, a nie tak jak było wymagane, tj. jedną średnią dla wskazanego okresu 3 lat. Ponadto, uzupełnione oświadczenie zostało złożone w imieniu nieistniejącego podmiotu, tj. Pracownie Badawczo-Projektowe „EKOSYSTEM” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Zamawiający wyjaśnił, iż w trakcie postępowania w dniu 27 lipca 2010 r. spółka ta przekształciła się w spółkę EKOSYSTEM S.A. Od tego dnia w prawa i obowiązki członka Konsorcjum Ekocentrum wstąpiła spółka EKOSYSTEM S.A. (art. 553 § 1 k.s.h) i to ona musi być wykazywana jako członek Konsorcjum Ekocentrum. Każdy dokument złożony po dacie 27 lipca 2010 r. zawierający oświadczenie w imieniu podmiotu Pracownie Badawczo-Projektowe „EKOSYSTEM” Sp. z o.o. jest nieważny.

Konsorcjum Ekocentrum nie wykazało także spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 lit. c i d - w złożonym w ramach uzupełnienia oświadczeniu wykonawca nie potwierdził zrealizowania elementu wymaganego w podzakresie d:

- usługa nr 5 w wykazie - nie potwierdzono należytego wykonania Raportu końcowego dla inwestycji „Rozbudowa infrastruktury wodno kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki trans granicznej w gminie Mielno-budowa kanalizacji dla miejscowości Łazy,
- usługa nr 6 w wykazie - zatwierdzenie Raportu końcowego dla wskazanej inwestycji przez organ współfinansujący nastąpiło w dniu 4 lipca 2006 r. tj. przed okresem ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia,
- usługa nr 7 w wykazie - przyjęcie raportu końcowego dla wskazanej usługi nastąpiło w dniu 27 kwietnia 2006 r., tj. przed okresem ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, ww. oświadczenie jest nieważne, gdyż zostało złożone w imieniu podmiotu nieistniejącego: Pracownia Badawczo-Projektowa „EKOSYSTEM” Sp. z o.o.

A.

Konsorcjum Ekocentrum wniosło protest wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Grontmij i zaniechania wykluczenia z postępowania tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 względnie pkt 3 Pzp. Wykonawca wniósł o uchylenie zaskarżonych czynności oraz ponowne dokonanie oceny ofert, wykluczenie z postępowania Konsorcjum Grontmij, wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł w proteście, iż na wezwanie z dnia 25 sierpnia 2010 r. przedłożył uzupełniony wykaz usług z ostatnich 3 lat (Załącznik nr 3 i Załącznik nr 4). Wskazał, iż z treści uzupełnionych załączników oraz uprzednio złożonych dokumentów wynika, iż odwołujący spełnia warunki w zakresie wykazania personelu pracowniczego i kierowniczego, umożliwiające wykonanie zamówienia. Podniósł, iż zamawiający w rzeczywistości kwestionuje jedynie sposób ujęcia danych, co zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadą logicznego rozumowania, nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy. Ponadto, decyzja o wykluczeniu jest sprzeczna z dotychczasowymi oświadczeniami zamawiającego, w szczególności z oświadczeniami zawartymi w rozstrzygnięciu protestu z dnia 20 lipca 2010 r. oraz odpowiedzi zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2010 r. na odwołanie z dnia 30 lipca 2010r.

W załącznikach nr 3 i 4 zamawiający oczekiwał podania stanu zatrudnienia przeciętnie – średniorocznie, zatem konieczne jest rozbitcie stanu zatrudnienia na kolejne lata, liczone w sposób wskazany w wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1646/10). Zasadność powyżej interpretacji potwierdza treść załączników nr 3 i 4

przedłożonych przez Konsorcjum Grontmij, w których, aby spełnić wymóg podania danych w ujęciu średniorocznym, dokonało zmiany, przez dodanie oświadczenia o treści: „Średnie zatrudnienie pracowników w okresie ostatnich 3 lat z uwzględnieniem daty wszczęcia postępowania tj. 23.11.2009” oraz dodatkowej tabeli, która w rozbiu na trzy lata, analogicznie do sposobu podania danych przez wnoszącego protest, zobrazowała średnioroczne zatrudnienie na przestrzeni trzech kolejnych lat.

Abstrahując od sposobu ujęcia danych, ze złożonych oświadczeń wynika, iż w wymaganym okresie odwołujący posiadał wymagany poziom zatrudnienia (średnio 96 pracowników oraz 18 osób personelu kierowniczego).

Odwołujący przyznał, że w dniu 30 sierpnia 2010 r. przedłożył na wezwanie zamawiającego ww. dokumenty, oznaczając jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, jako Pracownie Badawczo-Projektowe „EKOSYSTEM” Sp. z o.o., zamiast EKOSYSTEM SA (dawniej Pracownie Badawczo-Projektowe „EKOSYSTEM” Sp. z o.o.). Stwierdził jednocześnie, iż sam zamawiający wezwanie do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 25 sierpnia 2010 r. skierował do „nieistniejącego podmiotu” - w nagłówku pisma wskazał Konsorcjum, w skład którego wchodzi spółka „EKOSYSTEM” sp. z o.o., podobnie jak w pismach z dnia 26 sierpnia 2010 r., 30 sierpnia 2010 r., 9 września 2010 r. Zauważył, iż zgodnie z informacją uzyskaną w KRS, w dniu 8 października 2010 r. podmiot taki nie istniał nigdy. Nadto, oznaczenie firmy jako „EKOSYSTEM” S.A., jak stosuje zamawiający w licznej korespondencji, także nie odpowiada oznaczeniu właściwemu dla podmiotu działającego pod firmą EKOSYSTEM SA (pisma zamawiającego m.in. z dnia 22 września 2010 r., 23 września 2010 r., 1 października 2010 r.). Odwołujący wyjaśnił, iż w toku postępowania przetargowego doszło do przekształcenia, na mocy którego spółka: Pracownie Badawczo-Projektowe „EKOSYSTEM” sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przekształciła się w spółkę EKOSYSTEM S.A. z siedzibą w Zielonej Górze. Powyższy fakt został zakomunikowany zamawiającemu pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. Zdaniem odwołującego, w piśmie z dnia 30 sierpnia 2020 r. w powyższym zakresie popełniona została oczywista omyłka pisarska, względnie inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlegająca poprawie.

Ponadto, wbrew twierdzeniom zamawiającego, przekształcenie w trybie art. 551 i n. k.s.h. nie powoduje konsekwencji w postaci „nie istnienia” podmiotu przekształconego lecz jak podaje Wojewódzki Sąd Administracyjny w Rzeszowie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2008 r. (sygn. akt I SA/Rz 200/08) „W wyniku przekształcenia spółka przekształcona nie traci swej podmiotowości prawnej. Istnieje ona nadal, tylko w innej formie prawnej, będąc zgodnie z zasadą kontynuacji, podmiotem tych samych praw i obowiązków, co spółka przekształcana”.

W zakresie spełniania warunku doświadczenia odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami zmienionej w dniu 7 stycznia 2010 r. siwz, wykonawca mógł udokumentować spełnienie warunku zawartego w pkt. 8.1.1.3 zdolność techniczna, pkt. c) podzakres d) na dwa sposoby:

1. poprzez wykazanie posiadania doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług, których przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, sprawującego nadzór nad realizacją oraz prowadzącego rozliczenia i sprawozdawczość z realizacji zakończonych projektów z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, współfinansowanych z funduszy zewnętrznych (innych niż środki własne zamawiającego), zrealizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, z zastrzeżeniem, że usługa ta winna obejmować m.in. co najmniej jeden wykonany przez wykonawcę raport końcowy - sporządzony na rzecz i /lub w imieniu Beneficjenta środków dofinansowania zewnętrznego - dotyczący końcowego rozliczenia dofinansowania zewnętrznego (innego niż środki własne zamawiającego), zgodnie z wymaganiami organu współfinansującego i zatwierdzony przez ten organ,
2. przez wykazanie doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług, których przedmiotem było wykonanie co najmniej jednego raportu końcowego sporządzonego na rzecz i/lub w imieniu Beneficjenta środków dofinansowania zewnętrznego – dotyczącego końcowego rozliczenia dofinansowania zewnętrznego (innego niż środki własne zamawiającego) zgodnie z wymaganiami organu współfinansującego i zatwierdzonego przez ten organ.

Udokumentowanie wykonania usługi w ramach formuły określonej w sposobie drugim mogło nastąpić w przypadku wykonania takiej usługi w ramach usług o charakterze innym, niż pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla danego projektu, co wynika z modyfikacji treści warunku z dnia 7 stycznia 2010 r.

W celu potwierdzenia spełniania ww. wymogu odwołujący wskazał w pkt. 5 Załącznika 6 usługę polegającą na wykonaniu raportu końcowego, służącego rozliczeniu kwoty dofinansowania udzielonego w ramach programu INTERREG IIIA dla Projektu pn.: „Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w Gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy, cz. 2”. Z treści przedłożonych dokumentów, a także z treści odpowiedzi spółki PUP EKOBUD s.c. (inżyniera kontraktu) z dnia 6 września 2010 r. oraz pisma Gminy Mielno (Beneficjenta projektu, dla którego wykonano raport końcowy) z dnia 8 września 2010 r. wynika jednoznacznie,

iż usługa spełnia wymogi wskazane w siwz, jako samodzielna usługa polegająca na wykonaniu raportu końcowego.

Odwołujący podniósł, iż teza zamawiającego o rzekomym niedochowaniu należytej staranności przy opracowaniu raportu końcowego przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. nie została poparta żadnymi dowodami. Zwrócił uwagę, iż właściwe wykonanie usługi polegającej na opracowaniu Raportu Końcowego potwierdzone zostało w treści referencji z dnia 8 października 2009 r. udzielonej EKOCENTRUM Sp. z o.o. przez PUP EKOBUD s.c, stanowiska Gminy Mielno z dnia 8 września 2010 r., treści Protokołu nr 37/07 z kontroli kompleksowej realizacji projektu INT/MV-BB-PL.3.C2.2005.104 pn.: Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w Gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy, cz. II", treści pisma Gminy Mielno z dnia 15 września 2010r. do Grontmij Polska Sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił, iż raport końcowy dla programu INTERREG III, zgodnie z wymaganym wzorem, nie obejmuje kwestii związanych z prawidłowością sporządzenia dokumentacji technicznej przez osoby za to odpowiedzialne (projektanta). Badanie warunków wydania pozwolenia na budowę nie było zatem przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. wykonywane, gdyż nie było potrzebne do prawidłowego sporządzenia raportu końcowego i nie wynikało z zakresu zawartej umowy.

Ponadto, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wskazanego w pkt. 8.1.1.3 pkt. c) podzakres d) odwołujący wskazał także w pkt. 6 i 7 uzupełnionego Załącznika nr 6, usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla:

- Projektu 2002 SSiG "Rozwój terenów inwestycyjnych dla Miasta i Gminy Głogówek", nr Projektu 2002/000-58.06.19, realizowanego w ramach programu PHARE,
- Projektu 2002 SSG „Tourism and SME development in Zagórz”, nr Projektu 2002/000-580.06-20, realizowanego w ramach programu PHARE.

Udokumentowanie wykonania ww. usług nastąpiło w ramach formuły określonej w sposobie pierwszym, tj. usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, w ramach której wykonano, jako podzakres, raport końcowy.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w żadnym miejscu siwz nie zawarł warunku wykonania przez Inżyniera Kontraktu raportu końcowego w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Zamawiający wymagał jedynie wskazania usługi Inżyniera Kontraktu, która została wykonana, a nie rozpoczęta w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Specyfika realizacji umów Inżyniera Kontraktu, wynikająca z obsługi procesu realizacji inwestycji budowlanej powoduje, że ww. usługi pełnione są przez bardzo długi czas, zależny od zakresu i sposobu realizacji inwestycji. Czynności związane z opracowaniem raportu końcowego zarówno dla Projektu w Głogówku, jak i w Zagórz,

stanowią integralny element usług wykonywanych przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. w ramach pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, a szczegółowy zakres, sposób realizacji i wskazane terminy wynikają z wymogów dofinansowania tych projektów ze środków Unii Europejskiej i procedur funduszu PHARE, o czym świadczą zapisy: Umowy nr 01/01/2003 z dnia 27.01.2003r. wraz z obejmującą dodatkowy zakres Umową nr 01D/10/2004 z dnia 20.10.2004r. zawartych pomiędzy Gminą Głogówek, a EKOCENTRUM Sp. z o.o. oraz Umowy nr 2/2003 z dnia 7.03.2003r. zawartej pomiędzy Gminą Zagórz, a Konsorcjum, którego liderem była „EKOCENTRUM” - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o., które złożono wraz z wyjaśnieniami z dnia 24 września 2010 r.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie badał spełnienia przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu warunku wykonania w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, działań wskazanych w pozostałych, równorzędnych podzakresach - a) do c) tego warunku.

Zamawiający, dokonując oceny ofert nie zwrócił też uwagi, iż Konsorcjum Grontmij przedłożyło w dniu 31 sierpnia 2010 r. załączniki nr 3 i 4 o treści sprzecznej ze wzorem, zawierające świadomie wprowadzone dodatkowe zapisy, których treść powoduje istotną zmianę treści złożonych oświadczeń.

Ponadto, ww. wykonawca dokonał w ocenie odwołującego antydatowania dokumentu, wskazując, iż załączniki te sporządzono w dniu 13 kwietnia 2010 r., podczas gdy uzupełnienie dokumentów nastąpiło w wyniku wezwania z dnia 25 sierpnia 2010 r., co przesądza o tym, iż nie mogły być sporządzone w podanej dacie. W konsekwencji ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

Odwołujący podniósł także zarzut, iż Konsorcjum Grontmij w wykazie wykonanych usług nie wskazało usług potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 8.1.1.3 siwz Zdolność techniczna, pkt. c) – w szczególności w odniesieniu do podzakresu (d), ani nie przedłożyło dokumentów potwierdzających, że wykonane usługi wykonane zostały należycie. Odwołujący nie przedstawił w proteście żadnej argumentacji w tym zakresie.

Zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu zamawiający w sposób nierówny traktuje wykonawców, co przejawia się nazbyt formalistycznym podejściu do oceny oferty odwołującego, przy jednoczesnym akceptowaniu formalnych uchybień u drugiego z wykonawców. Zamawiający naruszył także zasadę bezstronności i obiektywizmu, powołując do komisji przetargowej p. Dariusza K., który współpracuje z firmą GRONTMIJ Real Estate Polska sp. z o.o., zaś w postępowaniu bierze udział wykonawca występujący wspólnie w formie Konsorcjum Grontmij. Zważywszy na zakres opinii sformułowanej o p. Dariuszu K. przez GRONTMIJ Real Estate Polska sp. z o.o. należy uznać, iż pomiędzy

ww. podmiotami istniały zażyłe stosunki, co budzi uzasadnioną wątpliwość odnośnie bezstronności i obiektywizmu ww. członka komisji przetargowej.

B.

Konsorcjum Grontmij w dniu 11 października 2010 r. wniosło pismo zawierające „zastrzeżenia” odnośnie zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum Ekocentrum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, w związku z brakiem wykazania zdolności technicznej, polegającej na posiadaniu doświadczenia w realizacji usługi, której przedmiotem było wykonanie raportu końcowego dla projektu z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, zrealizowanego w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne. Protestujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 22 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

Protestujący wskazał, że zamawiający w pkt. 8.1.1.3 siwz, z uwzględnieniem dokonanej zmiany treści warunku, dopuścił wykonanie raportu końcowego w innym charakterze, niż w ramach usługi inżyniera kontraktu, jednak nie zmienił wymagań, co do inwestycji, dla której ma być opracowany dokument Raportu Końcowego. Zatem, w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku, wykonawcy muszą wykazać doświadczenie w wykonaniu raportu końcowego dla projektów z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, współfinansowanych z funduszy zewnętrznych (innych niż środki własne zamawiającego), zrealizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne.

Konsorcjum Ekocentrum, na wezwanie do uzupełnienia dokumentów odnośnie wymaganego doświadczenia, wykazało się projektem pn. „Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy cz.II”, przedkładając referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi. Protestujący podniósł, iż ww. projekt nie był realizowany w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne. Przedmiotowa inwestycja wykonywana była w ramach programu INTERREG IIIA, który nie nakładał na Beneficjentów obowiązku stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC, co potwierdzają umowy na Inżyniera Kontraktu, jak i na wykonanie robót budowlanych. Jako dowód załączył umowy:

1. Umowa na dofinansowanie z programu INTERREG IIIA projektu „Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy cz.II”,
2. Umowa na pełnienie Inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy cz.II”,

3. Umowa na wykonanie robót budowlanych ramach projektu „Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy cz. II”.

Protestujący podkreślił, iż obowiązek stosowania procedur winien jednoznacznie wynikać z umowy, a odpowiednie dla danej inwestycji Warunki Kontraktowa FIDIC winny stanowić załącznik do przedstawionych umów. Jednocześnie protestujący podniósł, że dla ww. projektu funkcję Inżyniera Kontraktu pełniła firma „EKOBUD” S.C. Jolanta Filipowska, Agata Filipowska i Marian Kujawa, a w trakcie realizacji usługi Inżynier Kontraktu nie zgłosił zamawiającemu, iż jakakolwiek część zamówienia będzie wykonywana przez podwykonawcę. W związku z tym, wykonanie usługi polegającej na sporządzeniu Raportu Końcowego przez Konsorcjum EKOCENTRUM bez kontaktu z zamawiającym i wglądu do dokumentacji jest niemożliwe. Zdaniem protestującego, Konsorcjum Ekocentrum nie wykonało w całości Raportu Końcowego dla inwestycji realizowanej w Mielnie, gdyż to firma „EKOBUD” S.C. Jolanta Filipowska, Agata Filipowska i Marian Kujawa, przez cały okres wykonywania usługi, współpracowała z zamawiającym - Gminą Mileno.

Konsorcjum Ekocentrum zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku protestu Konsorcjum Grontmij, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący podniósł, iż Konsorcjum Grontmij nie wskazało w proteście żądania, co narusza art. 180 ust. 8 Pzp. Wskazał, iż zamawiający wykluczył przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a tym samym bezpodstawne jest stawianie zarzutu zaniechania dokonania czynności, która została dokonana. Przystępujący oświadczył, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający oddalił protest złożony przez Konsorcjum Ekocentrum.

Zamawiający uznał za niezasadny zarzut dotyczący potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. ill.2.3) IDW Zdolność techniczna. Stwierdził, iż w uzupełnionych oświadczeniach (z dnia 30.08.2010r.) wykonawca nie potwierdził posiadania średniego zatrudnienia oraz średniej liczebności personelu kierowniczego w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, ponieważ określił średnią dla każdego roku oddzielnie, a nie jak to było wymagane.

Wskazał, że wcześniejsze stwierdzenia, zawarte w pismach i oświadczeniach, składanych w trakcie postępowania toczącego się na skutek protestu z dnia 8 lipca 2010 r. należy odnosić wyłącznie do okoliczności podnoszonych w tamtym postępowaniu, które zostało zakończone wyrokiem KIO z dnia 13 sierpnia 2010r. (KIO/UZP 1646/10), nie dotyczyły oświadczenia z dnia 30 sierpnia 2010 r.

Zdaniem zamawiającego, wbrew twierdzeniom wykonawcy możliwe było złożenie wymaganych oświadczeń w treści załącznika nr 3 i 4, poprzez podanie danych w postaci jednej liczby po słowach „następującą liczbę pracowników:", a wypełnienie tabeli, przez wskazanie okresów, nie sprzeciwiało się podaniu średniej dla okresu 3 lat, obliczonego zgodnie z wezwaniem, tj. z uwzględnieniem daty wszczęcia postępowania (23.11.2009 r.).

Zamawiający oddalił zarzut dotyczący wskazania w oświadczeniach z dnia 30.08.2010 r. jako uczestnika Konsorcjum Ekocentrum - spółki pod firmą: Pracownie Badawczo - Projektowe „EKOSYSTEM” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, która w tej dacie została wykreślona z rejestru, podtrzymując uzasadnienie zawarte w zawiadomieniu o wyniku postępowania. Zamawiający uznał, że ze względu na błędne złożenie oświadczeń, wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wynikającym z dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwania z dnia 25 sierpnia 2010 r. Zdaniem zamawiającego, argumentacja zawarta w proteście odnośnie popełnienia w tym zakresie oczywistej omyłki pisarskiej, podlegającej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp względnie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która powinna być skorygowana przez zamawiającego, jest nietrafna. Zamawiający wskazał, iż dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie są treścią oferty, a więc nie można do nich stosować przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 1 lub art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Ponadto, zamawiający nie podzielił zarzutów dotyczących zakwestionowanych usług potwierdzających spełnianie warunku III.2.3) Zdolność techniczna. Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 1 października 2010 r.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przez Konsorcjum Grontmij, uzupełnionych w dniu 31.08.2010r. na skutek wezwania z dnia 25.08.2010 r., zamawiający podkreślił, iż odwołujący nie wskazał przepisu, w oparciu o który zamawiający miał podstawę do zakwestionowania oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z powodu złożenia ich w zmodyfikowanej treści, w stosunku do stanowiących załączniki do siwz wzorów. Ponadto, opatrzenie datą 13.04.2010 r. oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Grontmij nie stanowi naruszenia art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp, gdyż potwierdza stan istniejący na dzień 13.04.2010 r., tj. na 1 dzień przed terminem składania ofert.

Zamawiający wskazał także, iż odwołujący podnosząc zarzut, iż zamawiający nie poddał należytej analizie oferty wraz z załącznikami, złożonych przez Konsorcjum: Grontmij, podczas gdy wykonawca w wykazie wykonanych usług nie wskazał usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 8.1.1.3 siwz zdolność techniczna, pkt. c) - w szczególności w odniesieniu do podzakresu (d), ani nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że wykonane usługi zostały należycie, nie sprecyzował żadnych twierdzeń w odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający wyjaśnił, iż pierwotnie oferta złożona przez Konsorcjum Ekocentrum została uznana za najkorzystniejszą. Subiektywne odczucia wykonawcy nie mogą przesądzać o naruszeniu przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Przyznał, iż niewątpliwie działania podejmowane w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących dokumentów składanych przez Konsorcjum Ekocentrum zostały spowodowane treścią wyroku KIO z dnia 13.08.2010 r. (KIO/UZP 1646/10), w którym stwierdzono, iż pierwotnie załączone, do oferty dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający uwzględnił protest złożony przez Konsorcjum Grontmij oraz zapowiedział dokonanie niezwłocznie zmiany zawiadomienia o wyborze oferty w zakresie uzupełnienia przesłanek wykluczenia Konsorcjum Ekocentrum z postępowania.

W ocenie zamawiającego projekt pn.: "Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w gminie Mielno - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy cz. II", wskazany przez Konsorcjum Ekocentrum nie był zrealizowany w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne. Przedmiotowa Inwestycja wykonywana była w ramach programu INTERREG IIIA, który nie nakładał na Beneficjentów obowiązku stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC, co potwierdzają umowy na Inżyniera Kontraktu oraz na wykonanie robót budowlanych. Tym samym zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał się doświadczeniem, potwierdzającym spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, którą to okoliczność zamawiający pominął w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Konsorcjum Ekocentrum na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 3 Pzp.

A.

W odwołaniu Konsorcjum Ekocentrum podtrzymało zarzuty w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 2, art. 87 ust. 2 pkt 1 względnie pkt 3 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie:

1. powtórzenia czynności oceny ofert,
2. wykluczenia Konsorcjum Grontmij,
3. powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego,
4. zwrot kosztów postępowania.

Oдноśnie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do wykazania ilości wystąpień skierowanych w celu zbadania oferty odwołującego oraz Konsorcjum Grontmij.

Oдноśnie naruszenia art. 7 ust. 2 Pzp odwołujący powtórzył argumentację co do powołania do komisji przetargowej p. Dariusza K., który związany był z podmiotem GRONTMIJ Real Estate Polska sp. z o.o. Ponadto, odwołujący stwierdził, iż dokonał analizy

dokumentów potwierdzających dotychczasową współpracę zamawiającego z Grontmij Polska Sp. z o.o. na podstawie umów zawartych w latach poprzednich. Odwołujący podniósł, iż dla wyżej wskazanych umów, strony dokonały istotnych zmian w warunkach ich realizacji. Wskazał, że zgodnie z treścią tych umów, funkcję koordynacji i zarządzania nad czynnościami firmy Grontmij Polska Sp. z o.o. pełnił i nadal pełni p. Dariusz K. Zgodnie z posiadaną przez odwołującego wiedzą, żadne kary umowne nie zostały przez p. Dariusza K. w imieniu Związku Międzygminnego „Puszcza Zielonka” naliczone. Zdaniem odwołującego, działania ww. osoby polegające na ocenie oferty odwołującego w sposób tendencyjny i w oparciu o kryteria inne niż zapisane w siwz, mają na celu doprowadzenie do wyboru Konsorcjum Grontmij by, ukryć potencjalne nieprawidłowości, do których mogło dojść na etapie projektowania inwestycji, dla której dokonuje się wyboru Inżyniera Kontraktu w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł też zarzut co do istnienia konfliktu interesów, który może wystąpić, kiedy dojdzie do wyboru oferty Konsorcjum, którego Liderem jest Grontmij Polska Sp. z o.o. na Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór nad robotami, w sytuacji, kiedy Grontmij Polska Sp. z o.o. zobowiązany jest do pełnienia nadzoru autorskiego na mocy przywołanych wyżej umów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania, odnośnie spełnienia wymogu dotyczącego zapewnienia personelu oraz personelu kierowniczego - odwołujący wskazał, iż zamawiający pominął fakt, iż KIO w wyroku z dnia 13 sierpnia 2010 r. uznała, iż „zarzut nie spełnienia przez Konsorcjum Ekocentrum warunku oparty na twierdzeniu, że przedłożone wykazy o zatrudnieniu w latach 2007-2010 oraz 2006-2009, obejmują swym zakresem 4 lata, a nie jak wymagał Zamawiający okres 3 lat jest nieuzasadniony”. Podobnie, zamawiający pomija swoje wcześniejsze stanowisko, które zajął w rozstrzygnięciu protestu, dot. wyniku postępowania z dnia 20 lipca 2010 r., z którego wynika, iż: „dodatkowo należy wskazać, iż przyłączający się do Protestu Ekocentrum przedłożył Zamawiającemu szczegółowe dokumenty dot. wielkości zatrudnienia. Załączone dowody (...) potwierdzają istniejący stan faktyczny, który jest zgodny z złożonym oświadczeniem przez Ekocentrum”.

Kwestią odrębną pozostaje czy odwołujący w sposób prawidłowy uzupełnił załączniki nr 3 i 4, które z powodu nieprzejrzystości, niejasności i sprzeczności stanowiły problem dla każdego z wykonawców. Wady te, pomimo zwrócenia na nie uwagi przez KIO w wyroku z dnia 13 sierpnia 2010 r. nie zostały przez zamawiającego usunięte. Odwołujący stwierdził, iż uzupełnił załączniki zgodnie ze wzorem, zaś Konsorcjum Grontmij zmodyfikowało wzory załączników nr 3 i 4 w sposób niedopuszczalny.

W zakresie niespełniania wymogu posiadania wymaganego doświadczenia, odwołujący podniósł, iż wymóg zrealizowania projektu w oparciu o Warunki Kontraktowe

FIDIC lub równoważne odnosi się wyłącznie do usługi Inżyniera Kontraktu, o czym świadczy treść pkt. 8.1.1.3 siwz Zdolność techniczna, pkt. c). Przyjęcie, że wybrany podzakres miał zostać w całości wykonany w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, musiałoby powodować konsekwentne badanie, czy wykonawca składający ofertę wykazał doświadczenie w wykonaniu pozostałych podzakresów tj. (a), (b) i (c) – równorzędnych z natury zapisów w siwz, do subiektywnie wybranego przez zamawiającego podzakresu (d). Na żadnym etapie oceny ofert zamawiający nie badał wymogów zawartych w podzakresach (a), (b), (c) usługi Inżyniera wskazanej w pkt. 8.1.1.3 siwz Zdolność techniczna, pkt. c).

Zakres usług spółki Ekocentrum, działającej jako Inżynier Kontraktu dla projektów w Głogówku i Zagórz - pkt. 6 i 7 Załącznika nr 6, określony został w umowach przekazanych zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z dnia 24.09.2010 r. (Umowa nr 01/01/2003 z dnia 27.01.2003r. wraz z obejmującą dodatkowy zakres Umową nr 01D/10/2004 z dnia 20.10.2004r., Umowa nr 2/2003 z dnia 7.03.2003r.). Umowy te zawarte zostały zgodnie z wymogami Unii Europejskiej określonymi dla programu Współpracy Transgranicznej PHARE oraz wymogami FIDIC. Podzakres wskazujący na obowiązek sporządzenia raportu końcowego stanowił integralny element wykonanej usługi Inżyniera Kontraktu.

Odwołujący podniósł dodatkowo, iż zamawiający dopuścił się czynów wskazanych w dokumencie pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, wydanym przez Ministra Rozwoju Regionalnego, dokonując m.in. oceny oferty odwołującego w oparciu o kryteria inne niż zapisane w siwz.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zgodnie z treścią pisma z dnia 7 stycznia 2010r., dopuścił w ramach dokumentowania doświadczenia wykonanie usługi określonej jako co najmniej jeden wykonany raport końcowy, w celu zwiększenia dostępu do zamówienia i poszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców. Zwrócił uwagę, iż zastosowane w umowach na roboty budowlane warunki kontraktowe pozostają bez jakiegokolwiek wpływu na sposób opracowania raportu końcowego. Ponadto, z treści dokumentu „Wytyczne do przygotowania raportu końcowego projektu Funduszu Spójności” wydanych przez Instytucję Zarządzającą Departament Koordynacji Programów Infrastrukturalnych - Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, nie wynikają jakiegokolwiek wymogi w zakresie stosowania warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych w tym projekcie. Narzucanie zaś, w sprzeczności z postanowieniami siwz, dodatkowego warunku stosowania procedur FIDIC, gdy nie wymagały tego instytucje finansujące lub kontrolujące, stanowi ewidentne ograniczenie konkurencji i niezasadną podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Z ostrożności procesowej odwołujący nadmienił, iż realizacja omawianego projektu odbywała się w oparciu o warunki kontraktowe, zgodne z wymogami Unii Europejskiej dla

programu INTERREG IIIA i równoważne do FIDIC, o czym świadczy zapis referencji z dnia 8.10.2009 r. udzielonych przez Inżyniera Kontraktu na rzecz EKOCENTRUM Sp. z o.o. oraz zapis zawarty w korespondencji Gminy Mielno do Grontmij Polska Sp. z o.o. z dnia 15.09.2010r. Sam fakt powołania przez Gminę Mielno instytucji Inżyniera Kontraktu świadczy o zastosowaniu standardów FIDIC i wymogów Unii Europejskiej, z których instytucja Inżyniera się wywodzi.

Odwołujący podtrzymał zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Grontmij z uwagi na przedłożenie niezgodnych z wzorami załączników nr 3 i 4. Odwołujący zarzucił także nieposiadanie przez ww. wykonawcę wymaganego doświadczenia, stwierdzając, iż nie polega na prawdzie:

- twierdzenie, że Raport Końcowy dla projektu pn. „Wodociąg dla miasta Piły z ujęcia wody w Dobrzycy wraz ze Stacją Uzdatniania Wody” (poz. 2 Załącznika nr 6 do oferty Konsorcjum Grontmij z dnia 13.04.2010 r.) na dzień ogłoszenia zamówienia uzyskał akceptację organu finansującego,
- twierdzenie, że Raport Końcowy dla projektu pn. „Wodociąg dla miasta Piły z ujęcia wody w Dobrzycy wraz ze Stacją Uzdatniania Wody” (poz. 2 Załącznika nr 6 do oferty Konsorcjum Grontmij z dnia 13.04.2010r.) wykonała spółka Grontmij Polska Sp. z o.o.
- twierdzenie, że Raport Końcowy dla projektu pn. „Oczyszczanie ścieków i uzdatnianie wody pitnej w Częstochowie” (poz. 3 Załącznika nr 6 do oferty Konsorcjum Grontmij z dnia 13.04.2010r.) na dzień ogłoszenia zamówienia uzyskał akceptację organu finansującego,
- twierdzenie, że Raport Końcowy dla umowy realizowanej przez Grontmij Carl Bro A/S, obejmującej przygotowanie dokumentacji technicznej i organizację zarządzania dla Regionalnej Sieci Wodociągowej na obszarze Licka, Jasienica-Plitvicka, Jazera, Slunj, (poz. 4 Załącznika 6 do oferty Konsorcjum Grontmij z dnia 13.04.2010r.) sporządzony został dla zakończonej inwestycji w imieniu i na rzecz Beneficjenta środków dofinansowania zewnętrznego i dotyczył końcowego rozliczenia dofinansowania zewnętrznego zgodnie z wymogami organu współfinansującego i został zatwierdzony przez ten organ.

Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 względnie pkt 3 Pzp, przez uznanie, iż pismo z dnia 30 sierpnia 2010 r. pochodzi od „nieistniejącego podmiotu”. Zdaniem odwołującego oczywistość pomyłki nie budzi wątpliwości. Sam zamawiający, jak wynika z rozstrzygnięcia protestu, ukazał jak oczywiste dla niego było skąd wzięła się omyłka i jak powinna być poprawnie prezentowana firma jednego z uczestników konsorcjum, stosownie do przepisów KSH oraz jaki jest skład konsorcjum.

B.

Konsorcjum Ekocentrum wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Konsorcjum Grontmij, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 180 ust. 1 oraz 180 ust. 8 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego oraz o zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący stwierdził, iż zarzuty sformułowane przez Konsorcjum Grontmij są bezpodstawne, albowiem warunki dotyczące właściwości usługi Inżyniera Kontraktu, wskazujące na obowiązek posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór nad realizacją oraz prowadzącego rozliczenia i sprawozdawczość z realizacji zakończonych projektów z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, współfinansowanych z funduszy zewnętrznych (innych niż środki własne zamawiającego), zrealizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, odnoszą się, zgodnie z treścią siwz, tylko do usługi Inżyniera Kontraktu.

Ponadto, przyjęcie, że wybrany integralny element realizowanej umowy Inżyniera miał zostać w całości wykonany w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania musiałoby powodować konsekwentne badanie, czy wykonawca wykazał doświadczenie w wykonaniu pozostałych podzakresów tj. (a), (b) i (c) -równorzędnych z natury zapisów w siwz do subiektywnie wybranego przez zamawiającego podzakresu (d). Odwołujący nadmienił, iż na etapie oceny ofert zamawiający nie badał wymogów zawartych w podzakresach (a), (b), (c) usługi Inżyniera wskazanej w pkt. 8.1.1.3 siwz Zdolność techniczna, pkt. c).

Odwołujący wskazał, że zamawiający zgodnie z treścią pisma z dnia 7 stycznia 2010r. dopuścił w ramach dokumentowania doświadczenia - wykonanie usługi określonej jako co najmniej jeden wykonany przez wykonawcę raport końcowy - sporządzony na rzecz i/lub w imieniu Beneficjenta środków dofinansowania zewnętrznego – dotyczący końcowego rozliczenia dofinansowania zewnętrznego (innego niż środki własne zamawiającego) zgodnie z wymaganiami organu współfinansującego i zatwierdzony przez ten organ, wykonany w charakterze innym niż Inżynier Kontraktu i w ramach usługi innej niż usługa Inżyniera Kontraktu. W ocenie odwołującego, zastosowane w umowach na roboty budowlane warunki kontraktowe pozostają bez wpływu na sposób opracowania raportu końcowego. Dodatkowo, w przedmiotowym postępowaniu brak jest wymogów w zakresie stosowania warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych. Niczym nieuzasadnione i sprzeczne z intencją zamawiającego jest zawężenie konkurencji i wymaganie posiadania doświadczenia w wykonaniu raportu końcowego w oparciu o warunki FIDIC, w przypadku wykonania takiego raportu jako samodzielnej usługi. Wskazał, iż w treści wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego dla Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

(z którego finansowany jest Projekt „Kanalizacja obszaru Parku Krajobrazowego Puszcza Zielonka i okolic”) nie ma obowiązku stosowania procedur FIDIC.

Odwołujący stwierdził, iż Raport końcowy wykonany dla projektu Gminy Mielno opracowany został przez Ekocentrum Sp. z o.o. prawidłowo i uzyskał zatwierdzenie organu finansującego projekt, a prawidłowość jego sporządzenia potwierdziła kontrola instytucji udzielających finansowania (Protokół kontroli 37/07). Ponadto, usługa wykonana w ramach realizacji umowy z firmą PUP EKOBUD s.c. zrealizowana została w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania przetargowego, a prawidłowość jej wykonania poświadczyla firma EKOBUD s.c. w treści referencji z dnia 8.10.2009r. udzielonych EKOCENTRUM Sp. z o.o., Gmina Mielno w korespondencji do Związku Międzygminnego Puszcza Zielonka z dnia 8.09.2010r. oraz Gmina Mielno w korespondencji do Grontmij Polska Sp. z o.o. z dnia 15.09.2010r. Ekocentrum Sp. z o.o., jako podmiot realizujący wyłącznie czynności związane z opracowaniem na rzecz projektu Gminy Mielno raportu końcowego, nie miał żadnej wiedzy ani wpływu na sposób realizacji usług przez Inżyniera. Ponadto, Gmina Mielno udzieliła w treści pisma do Związku Międzygminnego Puszcza Zielonka z dnia 8.09.2010r. referencji firmie EKOBUD s.c. na dzień zakończenia inwestycji i kontroli przeprowadzonej przez UW Szczecin - Wydział Zarządzania Funduszami Europejskimi, tj. na dzień 23.08.2007r. Na ten dzień usługa EKOCENTRUM polegająca na wykonaniu Raportu końcowego dla projektu w Mielnie była prawidłowo zakończona i odebrana, a wykonany raport końcowy zatwierdzony został przez organ finansujący. Niezależnie od powyższego, zakres raportu końcowego wskazany przez organ finansujący (w postaci wzoru do uzupełnienia), nie wymagał żadnych działań związanych z analizą prawidłowości postępowania Inżyniera dla tego projektu.

Z ostrożności procesowej odwołujący nadmienił, iż realizacja projektu Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w Gminie Mielno-budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy, cz. 2, odbywała się w oparciu o warunki kontraktowe zgodne z wymogami Unii Europejskiej dla programu INTERREG IIIA i równoważne do FIDIC, o czym świadczy zapis referencji z dnia 8.10.2009r. udzielonych przez Inżyniera Kontraktu na rzecz EKOCENTRUM Sp. z o.o. oraz zapis zawarty w korespondencji Gminy Mielno do Grontmij Polska Sp. z o.o. z dnia 15.09.2010r. W ocenie odwołującego, już sam fakt powołania przez Gminę Mielno instytucji Inżyniera Kontraktu świadczy o zastosowaniu standardów warunków FIDIC i wymogów Unii Europejskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu obu odwołań. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę z niższą ceną niż oferta wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert (100% cena), w przypadku przywrócenia wykluczonego wykonawcy do postępowania odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zważywszy, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 23 listopada 2009 r., do niniejszego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) przed zmianami wynikającymi z ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, a także ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym Konsorcjum Grontmij. Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zostało przez wykonawcę doręczone Prezesowi UZP przed otwarciem posiedzenia w dniu 10 listopada 2010 r. Zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane przez wykonawcę w drodze faksowej, a zatem doręczono jedynie kopię pism. Skuteczne doręczenie przystąpienia może nastąpić natomiast przez złożenie stosownego oświadczenia w formie pisemnej, co wynika z brzmienia art. 184 ust. 4 Pzp, który wskazuje jednoznacznie, iż przekazanie przystąpienia w formie kopii jest przewidziane wyłącznie w odniesieniu do powiadomienia zamawiającego.

A. (sygn. akt KIO/UZP 2393/10)

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że nie sama ilość wystąpień skierowanych przez zamawiającego w celu zbadania oferty wykonawcy ma znaczenie dla stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasady nierównego traktowania wykonawców. Istotne jest natomiast to, czy prowadzone postępowanie mające na celu wyjaśnienie treści składanych dokumentów, jest uzasadnione z punktu widzenia osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zapewnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który daje gwarancję należytego i prawidłowego wykonania zamówienia, z zachowaniem zasad wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż w przypadku powzięcia przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do treści dokumentów składanych przez wykonawców w toku postępowania, ma on obowiązek wyjaśnienia wszelkich powstałych wątpliwości. Powyższe nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jeśli jest realizowane w zakresie uzasadnionym wymaganiami wynikającymi z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 2 Pzp za niezasadny. Powołany przez zamawiającego do komisji przetargowej p. Dariusz K. został powołany przez zamawiającego do czteroosobowej komisji przetargowej i złożył oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 Pzp na załączonym do protokołu postępowania druku ZP-11. Podkreślić należy, iż instytucjonalne gwarancje bezstronności i obiektywizmu przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zostały zawarte w art. 17 i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Odwołujący nie podnosił natomiast naruszenia przez zamawiającego którejkolwiek z norm prawnych zawartych w powyżej wymienionych artykułach. Fakt, iż p. Dariusz K. pełnił z ramienia zamawiającego funkcje koordynacji i nadzoru realizacji umów zawartych w latach poprzednich przez zamawiającego z konsorcjum, którego członkiem było przedsiębiorstwo Grontmij Polska Sp. z o.o. lub też działając w imieniu zamawiającego nie naliczał żadnych kar umownych od ww. wykonawcy, nie stanowi dowodu na okoliczność braku bezstronności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślić należy również, iż p. Dariusz K. nie dokonywał badania i oceny ofert jednoosobowo, lecz w ramach kiluosobowej komisji. Zarzut, iż ocena oferty odwołującego została dokonana „w sposób tendencyjny i w oparciu o kryteria inne niż zapisane w siwz” w celu doprowadzenia „do wyboru Konsorcjum Grontmij, by ukryć potencjalne nieprawidłowości, do których mogło dojść na etapie projektowania inwestycji, dla której

dokonuje się wyboru Inżyniera Kontraktu w przedmiotowym postępowaniu” Izba uznała za całkowicie nieuzasadniony. Podkreślić także należy, iż zważywszy wykluczenie odwołującego z postępowania, oferta odwołującego nie podlegała ocenie, ponieważ wykonawca został wykluczony z postępowania.

Zarzut co do możliwości zaistnienia konfliktu interesów, gdy dojdzie do wyboru oferty Konsorcjum, którego Liderem jest Grontmij Polska Sp. z o.o. na Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór nad robotami, w sytuacji, kiedy Grontmij Polska Sp. z o.o. zobowiązany jest do pełnienia nadzoru autorskiego na mocy przywołanych wyżej umów, nie został zawarty w proteście, a zatem stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp nie był rozpoznawany przez Izbę.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie, że:

- 1) poprzez złożone załączniki nr 3 i 4 odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków w zakresie dysponowania personelem oraz personelem kierowniczym,
- 2) odwołujący nie wykazał wymaganego doświadczenia, a ponadto przez:
- 3) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Grontmij z uwagi na przedłożenie niezgodnych z wzorami załączników nr 3 i 4 oraz nie posiadanie doświadczenia wymaganego przez zamawiającego,

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Ad. 1. Odnośnie spełnienia wymogu dotyczącego zapewnienia personelu oraz personelu kierowniczego Izba ustaliła, że odwołujący złożył uzupełnione wykazy o zatrudnieniu w ostatnich trzech latach przed dniem wszczęcia postępowania, zgodnie z interpretacją odnośnie sposobu obliczenia okresu trzyletniego, wskazaną w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1646/10). Izba stwierdziła, że załączniki zostały wypełnione zgodnie ze wzorami załączonymi do specyfikacji. W ocenie Izby, zamawiający określił wzór ww. oświadczeń w taki sposób, iż nie wynika z jego treści w sposób jednoznaczny, że wypełnienie załączników polegać miało na podaniu jednej liczby – średniej - osób zatrudnionych na rok w ciągu okresu ostatnich trzech lat. Zarówno odwołujący jak i wykonawca, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, mieli problem z wypełnieniem powyższych formularzy. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę niejednoznaczność sformułowania formularzy opracowanych przez zamawiającego, nie sposób uznać, iż wykonawcy mogą ponosić konsekwencje z tego tytułu. Zarówno odwołujący, który wskazując liczbę osób zatrudnionych odrębnie średnio w każdym roku z trzech lat osobno, wykazał spełnianie warunku, gdyż wskazane liczby wielokrotnie przewyższają ilość osób wymaganą przez zamawiającego, jak i Konsorcjum Grontmij, które zmieniło treść formularza w stosunku do wzoru ze specyfikacji zamieszczając dodatkową

treść, potwierdzili spełnianie warunku określonego przez zamawiającego w pkt 8.1.1.3 lit.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym, wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Izba uznała za nieuzasadnione. Tym samym w powyższym zakresie nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia ww. przepisu przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Grontmij z uwagi na złożenie załączników nr 3 i 4 o treści zmienionej w stosunku do wzoru załączonego do specyfikacji. W powyższym zakresie Izba nie stwierdziła także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, iż załączniki złożone przez Konsorcjum Grontmij zawierały treść dodatkową, co nie stanowi przeszkody w stwierdzeniu, że dokumenty te jednoznacznie i w całości potwierdzają spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu. Niezachowanie formy dokumentu (wg wzoru) nie ma znaczenia dla oceny spełnienia warunku, tj. oceny czy złożone oświadczenia w sensie merytorycznym wyczerpują zakres wymaganych informacji dla potwierdzenia spełnienia warunku.

Ad. 2 Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez uznanie, iż Konsorcjum Ekocentrum nie wykazało także spełnienia warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 lit. c podzakres d, gdyż w złożonym w ramach uzupełnienia oświadczeniu wykonawca nie potwierdził zrealizowania elementu wymaganego w ppkt d, wobec stwierdzenia przez zamawiającego, że usługa wskazana w pozycji nr 5 wykazu wykonanych usług złożonego w dniu 30 sierpnia 2010 r., iż odwołujący nie wykazał należytego wykonania Raportu Końcowego dla inwestycji „Rozbudowa infrastruktury wodno kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w gminie Mielno-budowa kanalizacji dla miejscowości Łazy”.

W ocenie Izby, brak jest podstaw by stwierdzić, że ww. usługa została wykonana przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. w sposób nienależyty. Wbrew temu twierdzeniu świadczy zarówno treść listu referencyjnego wystawionego przez PUP EKOBUD s.c. w dniu 8 października 2009 r., jak i pismo Gminy Mielno z dnia 8 września 2010 r. do zamawiającego oraz z dnia 15 września 2010 r. do Grontmij Polska Sp. z o.o. stwierdzające prawidłową realizację świadczenia. Ponadto, powyższy raport uzyskał zatwierdzenie organu współfinansującego projekt, a prawidłowość jego sporządzenia potwierdziła kontrola instytucji udzielających finansowania (Protokół kontroli 37/07). Izba uznała, że zamawiający wywodząc brak potwierdzenia należytego wykonania usługi z informacji o przeprowadzonej realizacji inwestycji, nie wykazał, iż raport końcowy został zrealizowany w sposób nienależyty, wbrew treści złożonego przez odwołującego listu referencyjnego.

Zarzut nie potwierdził się w odniesieniu do stwierdzenia przez zamawiającego, iż usługa wskazana w pozycji nr 7 wykazu nie potwierdza spełnienia warunku

doświadczenia, gdyż zatwierdzenie Raportu Końcowego dla wskazanej inwestycji przez organ współfinansujący nastąpiło w dniu 27 kwietnia 2006 r., tj. przed okresem ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

W toku postępowania data zatwierdzenia ww. Raportu stwierdzona przez zamawiającego nie była kwestionowana przez odwołującego. Odwołujący podnosił natomiast, iż wymóg wykonania w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania nie dotyczył usługi określonej w podzakresie warunku. Izba uznała, że powyższe twierdzenie nie jest uzasadnione. Pełna treść warunku powinna być odnoszona do wszystkich rodzajów usług wskazanych w podzakresach, co wynika zarówno z interpretacji literalnej ww. postanowienia specyfikacji, jak również odpowiada przepisom wykonawczym do ustawy Pzp, w szczególności § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zatem, spełnianie warunku w zakresie wymogu realizacji w wymaganym terminie mogły potwierdzać wyłącznie te usługi, na które powołuje się odwołujący wykazując posiadane doświadczenie, a nie usługi, w ramach których wykazana usługa była realizowana.

Odwołujący w toku rozprawy odstąpił od popierania zarzutu, iż wbrew twierdzeniu zamawiającego usługa wskazana w pozycji nr 6 wykazu nie została wykonana w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe, Izba nie rozpoznawała tego zarzutu.

Nie potwierdził się, zdaniem Izby, zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 względnie pkt 3 Pzp, przez zaniechanie poprawienia omyłki w złożonych przez odwołującego w dniu 30 sierpnia 2010 r. w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentach w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy wskazać, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości dokonywania przez zamawiającego poprawek w dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis art. 87 Pzp ma zastosowanie w odniesieniu do treści oferty, która podlega badaniu i ocenie (po zakończeniu etapu weryfikowania kwestii dotyczących warunków podmiotowych wykonawcy). Dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp nie stanowią treści oferty, a jedynie załączniki do niej, składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustawa Pzp przewiduje inny tryb pozwalający na wyeliminowanie błędów lub omyłek zawartych w ww. dokumentach, tj. w szczególności tryb określony w art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp.

Izba uznała, że wobec złożenia przez odwołującego w toku postępowania pisma z dnia 30 lipca 2010 r. zawierającego oświadczenie, iż spółka EKOSYSTEM S.A. powstała w wyniku przekształcenia spółki Pracownie Badawczo-Projektowe „Ekosystem” Sp. z o.o.

z siedzibą w Zielonej Górze, potwierdza jako pozostające w mocy wszelkie zobowiązania i uprawnienia ww. spółki, wynikające z faktu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, treść złożonych oświadczeń nie wymagała dodatkowych wyjaśnień. W ocenie Izby, w świetle posiadanych przez zamawiającego informacji w powyższym zakresie nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż złożone przez lidera Konsorcjum Ekocentrum (w ramach uzupełnienia) wykazy, zostały przedłożone zamawiającemu w imieniu wszystkich członków konsorcjum, a błędne podanie nazwy firmy w formularzu nie wpływa na ważność złożonych oświadczeń wiedzy, gdyż przekształcona spółka nie utraciła bytu w sensie materialnym - jej działalność jest kontynuowana w zmienionej formie prawnej, jako EKOSYSTEM S.A.

Izba uznała, iż zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące nie wykazania przez Konsorcjum Grontmij wymaganego doświadczenia, są niezasadne. Odwołujący nie wykazał, iż „nie polegają na prawdzie” odpowiednio stwierdzenia, że:

1. Raport Końcowy dla projektu pn. „Wodociąg dla miasta Piły z ujęcia wody w Dobrzycy wraz ze Stacją Uzdatniania Wody” (poz. 2 Załącznika nr 6 do oferty) na dzień ogłoszenia zamówienia uzyskał akceptację organu finansującego oraz został wykonany przez spółkę Grontmij Polska Sp. z o.o.

W powyższym zakresie Izba uznała, że przedłożone przez odwołującego pismo z dnia 6 października 2010 r. Pełnomocnika ds. Realizacji Projektu (MAO) nie podważa okoliczności wystarczającej dla potwierdzania spełnienia warunku określonego w podzakresie „c” warunku, iż wykonana usługa o wymaganej wartości została zakończona wydaniem Świadectwa Wykonania.

2. Raport Końcowy dla projektu pn. „Oczyszczanie ścieków i uzdatnianie wody pitnej w Częstochowie” (poz. 3 Załącznika nr 6 do oferty) na dzień ogłoszenia o zamówieniu uzyskał akceptację organu finansującego.

Z pisma złożonego przez odwołującego z dnia 4 października 2010 r. Pełnomocnika ds. Realizacji Projektu Funduszu Spójności wynika, iż jako organ współfinansujący został wskazany NFOSiGW, co wynika z treści odpowiedzi udzielonej w pkt 2 ww. pisma w kontekście zadanych przez odwołującego pytań. Natomiast odpowiedź zawarta w powyższym piśmie - w pkt 3, wskazuje okoliczność, która nie stanowi jednoznacznej odpowiedzi na zadane pytanie. Ponadto, pismo w pkt 1 zawiera prawdopodobnie błąd w dacie (raport końcowy nie mógł zostać wysłany zanim został wykonany). Powyższe niedokładności i lakoniczność sformułowań zawartych w omawianym piśmie podważają wiarygodność informacji podanych w ww. piśmie, w szczególności w kontekście twierdzeń odwołującego. Słuszność takiego wniosku potwierdza także fakt wskazania innej daty w wyciągu z protokołu z XII posiedzenia Komitetu Monitorującego Strategię wykorzystania Funduszu Spójności (strona nr 4 z ww. dokumentu załączona do pisma Ministerstwa

Rozwoju Regionalnego z dnia 18 sierpnia 2010 r.), w którym stwierdzono, iż „Raport Końcowy wraz z wnioskiem o płatność końcową został przekazany do IZ pismem z 07.05.2010 r. Trwa weryfikacja dokumentu w IZ”. Powyższe informacje są wyrywkowe, dlatego wywodzenie na podstawie tych informacji wniosków co do faktu zatwierdzenia wykonanego Raportu, budzi uzasadnione wątpliwości. W ocenie Izby, tak wyrywkowe dane nie mogą stanowić potwierdzenia, iż omawiany Raport nie został zatwierdzony do chwili wszczęcia postępowania przez organ współfinansujący. Nie uwzględniając zarzutu, Izba wzięła pod uwagę, iż to na odwołującym, jako stronie, która twierdzi i ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne, leży ciężar dowodu, stosownie do art. 6 k.c. i art. 188 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie przeprowadził dowodu potwierdzającego w sposób niebudzący wątpliwości, iż stawiany zarzut jest zasadny.

3. Raport Końcowy dla umowy realizowanej przez Grontmij Carl Bro A/S, obejmującej przygotowanie dokumentacji technicznej i organizację zarządzania dla Regionalnej Sieci Wodociągowej na obszarze Licka, Jasienica-Plitvicka, Jazera, Slunj, (poz. 4 Załącznika 6 do oferty) sporządzony został dla zakończonej inwestycji w imieniu i na rzecz Beneficjenta środków dofinansowania zewnętrznego i dotyczył końcowego rozliczenia dofinansowania zewnętrznego zgodnie z wymogami organu współfinansującego i został zatwierdzony przez ten organ.

Izba zważyła, że wydruk treści Ogłoszenia o zamówieniu ww. usługi oraz Przewidywany Indywidualny Kontrakt Usługowy, złożone na rozprawie przez odwołującego nie potwierdzają zasadności zarzutu. Okoliczność, iż wykonana w ramach ww. projektu usługa obejmowała „identyfikację potencjalnych źródeł finansowania inwestycji” nie stoi w sprzeczności z faktem, iż raport końcowy dla ww. umowy został sporządzony, zgodnie z wymaganiami warunku siwz tj. sporządzony na rzecz i/lub w imieniu Beneficjenta środków dofinansowania zewnętrznego - dotyczący końcowego rozliczenia dofinansowania zewnętrznego (innego niż środki własne Zamawiającego) zgodnie z wymaganiami organu współfinansującego i zatwierdzony przez ten organ”. Powyższa usługa została wykazana jako doświadczenie nabyte w innym charakterze niż Inżynier Kontraktu. Projekt niewątpliwie dotyczył gospodarki wodno – ściekowej i został zakończony. Złożone na str. 70 oferty referencje potwierdzają natomiast należyte wykonanie tej usługi.

B. (sygn. akt KIO/UZP 2394/10)

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w wyniku uznania przez zamawiającego w ramach rozstrzygnięcia protestu, iż odwołujący podlega wykluczeniu także z powodu niewykazania spełniania warunku, o którym mowa w pkt. 8.1.1.3 Zdolność techniczna, pkt. c) podzakres d) specyfikacji, dotyczącego posiadania

doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór nad realizacją oraz prowadzącego rozliczenia i sprawozdawczość z realizacji zakończonych projektów z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, współfinansowanych z funduszy zewnętrznych (innych niż środki własne zamawiającego), zrealizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne.

Izba ustaliła, że w omawianym warunku, dotyczącym posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór nad realizacją oraz prowadzącego rozliczenia i sprawozdawczość z realizacji zakończonych projektów z zakresu gospodarki wodno-ściekowej, współfinansowanych z funduszy zewnętrznych (innych niż środki własne zamawiającego), zrealizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, wymaganie: „w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne” należy odnosić do wyszczególnionego w podzakresie d rodzaju usługi. Powyższe wynika ze sposobu sformułowania postanowienia, w którym, po pełnej treści warunku podanej w pkt 8.1.1.3 Zdolność techniczna, pkt. c) użyto zwrotu „w tym”. Powyższe oznacza, że rodzaje usług wyszczególnione w dalszych podpunktach muszą zawierać się w ogólnym zbiorze usług, opisanych wcześniej. Zamawiający szczegółowo opisał w specyfikacji (str. 13) jakie warunki kontraktowe uzna za równoważne do warunków kontraktowych FIDIC, wskazując m.in., że za równoważne mogą być uznane Warunki Kontraktowe powstałe przez dostosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego krajów Unii Europejskiej np. UAV, UAV-GC, FAB-KVV, VOB, JCT, GMP, PRAG.

W świetle powyżej wskazanych postanowień specyfikacji, w ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w realizacji usług zgodnie ze standardami FIDIC lub równoważnymi, niezależnie od tego czy mają doświadczenie w realizacji usługi wykonania raportu końcowego w ramach wykonywanej usługi Inżyniera Kontraktu lub innej usługi. Fakt, iż zgodnie z Wytocznymi Ministerstwa Rozwoju Regionalnego dla Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, z którego finansowany jest Projekt „Kanalizacja obszaru Parku Krajobrazowego Puszcza Zielonka i okolic” zamawiający nie ma obowiązku stosowania procedur FIDIC nie przesądza o tym, aby zamawiający nie mógł podjąć i nie podjął w tym przypadku, mimo braku takiego obowiązku, decyzji o realizacji projektu według warunków kontraktowych FIDIC.

Zarzut odwołującego, iż zastosowane w umowach na roboty budowlane warunki kontraktowe pozostają bez jakiegokolwiek wpływu na sposób opracowania raportu końcowego oraz, że w przedmiotowym postępowaniu brak jest wymogów w zakresie stosowania warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych, a tym samym jest nieuzasadnione i sprzeczne z intencją zamawiającego wymaganie posiadania doświadczenia w wykonaniu raportu końcowego w oparciu o warunki FIDIC, w przypadku

wykonania takiego raportu jako samodzielnej usługi, de facto odnosi się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem na tym etapie prowadzonego postępowania zarzut powyższy należy uznać za spóźniony.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż realizacja projektu „Rozbudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej służącej rozwojowi turystyki transgranicznej w Gminie Mielno-budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Łazy, cz. 2”, a tym samym wykonanie Raportu Końcowego nastąpiła w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne. Odwołujący twierdził w toku postępowania, że wykonanie usługi nastąpiło zgodnie ze standardami Unii Europejskiej dla programu INTERREG IIIA i równoważnymi do FIDIC. Odwołujący nie wskazał jednak, jakie konkretne Warunki Kontraktowe obowiązywały podczas realizacji ww. inwestycji. Nie wynika to także z treści referencji z dnia 8.10.2009 r. udzielonych przez Inżyniera Kontraktu na rzecz EKOCENTRUM Sp. z o.o. oraz z pisma Gminy Mielno do firmy Grontmij Polska Sp. z o.o. z dnia 15.09.2010 r. Wskazanie konkretnych warunków kontraktowych jest, w świetle postanowień specyfikacji, konieczne dla ustalenia kwestii ich równoważności do Warunków Kontraktowych FIDIC, w szczególności w zakresie „poziomu wymagań proceduralnych dot. Uczestnictwa w przetargach, nadzoru inwestorskiego, monitorowania postępu finansowego i rzeczowego, w tym dot. finansowania zewnętrznego, administrowania kontraktami na roboty, współpracy z projektantami, raportowania i sprawozdawczości, mediacji w sprawach dot. realizacji zamówienia”. Izba zważyła przy tym, iż treść pisma z dnia 15.09.2010 r. Gminy Mielno do firmy Grontmij Polska Sp. z o.o. w pkt 1. złożonego przez odwołującego, jak i pisma z tego samego dnia i o tym samym numerze referencyjnym, złożonego przez zamawiającego na rozprawie, nie są ze sobą sprzeczne. Zgodnie z ustaleniami Izby, żadne z tych pism nie potwierdza realizacji inwestycji zgodnie z warunkami kontraktowymi równoważnymi do FIDIC, na warunkach równoważności określonych przez zamawiającego w specyfikacji. Podkreślić należy, iż zawarte w treści ww. pisma (złożonego przez odwołującego), określenie „równoważne” nie zostało skonkretyzowane przez autora, a w związku z tym, brak jest możliwości odniesienia tego określenia wprost do pojęcia „równoważności” zdefiniowanego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała, że zarzut niewykonania ww. usługi przez Ekocentrum Sp. z o.o. nie potwierdził się i okoliczność powyższa nie stanowi podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania. Referencje firmy EKOBUD s.c. z dnia 8 października 2009 r. potwierdzają fakt należytego wykonania Raportu Końcowego przez Ekocentrum Sp. z o.o., natomiast nie przedstawiono w toku postępowania niezbitych dowodów potwierdzających twierdzenie przeciwne.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 180 ust. 1 i art. 180 ust. 8 Pzp. Brak zachowania formy protestu określonej w ww. przepisach nie jest w żaden sposób sankcjonowane, w świetle przepisów ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp pozwalają na zakwalifikowanie, jako protestu, każdego pisma wykonawcy, które w sposób czytelny wskazuje kwestionowaną czynność zamawiającego dokonaną w postępowaniu lub taką, której dokonania zamawiający w sposób bezprawny zaniechał. Pismo powinno wskazywać także okoliczności faktyczne na poparcie zarzutów. Brak literalnego zawarcia w proteście wszystkich elementów, o których mowa w art. 180 ust. 8 Pzp nie skutkuje bezskutecznością wniesionego środka ochrony prawnej. Podkreślić należy, iż powyższy przepis zawiera zwrot „powinien”, co oznacza, iż wskazane w tym przepisie elementy protestu należy traktować jako zalecane.

Omówione powyżej okoliczności sprawy uzasadniały oddalenie obu odwołań. Izba zważyła, iż stwierdzone w uzasadnieniu wyroku naruszenie przez zamawiającego w toku postępowania przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Po pierwsze, nie powoduje wykluczenia z postępowania Konsorcjum Grontmij. Po wtóre, nie skutkuje przywróceniem odwołującego do postępowania, wobec potwierdzenia się przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 4 ust. 1 pkt 1, ust. 2 lit. b i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....