

Sygn. akt: KIO 773/12

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. przez **Odwołującego** - Ekocentrum Sp. z o.o., Ul. Budziszewska 35, 54-434 Wrocław , w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp.z o.o., ul. Kosynierów Gdyńskich 47, 66-400 Gorzów Wielkopolski ,

przy udziale wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. ul. L. Szenwalda 20, 71-281 Szczecin, POLDEK Dionizy Polikowski, ul Krzemienna 4, 72-006 Mierzyn**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje wezwanie Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST, POLDEK Dionizy Polikowski, ul. L. Szenwalda 20, 71-281 Szczecin, w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczących Eksperta nr 5.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp.z o.o., ul. Kosynierów Gdyńskich 47, 66-400 Gorzów Wielkopolski , i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego

Ekocentrum Sp. z o.o., Ul. Budziszewska 35, 54-434 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp.z o.o., ul. Kosynierów Gdyńskich 47, 66-400 Gorzów Wielkopolski, na rzecz **Odwołującego** - Ekocentrum Sp. z o.o., Ul. Budziszewska 35, 54-434 Wrocław kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Gorzowie Wielkopolskim**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. ul. Kosynierów Gdyńskich 47 66-400 Gorzów Wielkopolski, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na usługę „Inżynier dla Projektu pn.: «Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na Obszarze Związku Celowego Gmin MG-6”,

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 08 grudnia 2011r. pod numerem: 2011/S, 236-382588 i zmodyfikowane w dniu 15 grudnia 2011r. pod numerem 2011/S 241-389946 oraz 29 grudnia 2011r. pod numerem 2011/S 250-406830.

Zamawiający w dniu 6 kwietnia 2012r dokonał wyboru najkorzystniejszej , za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Lucjana Szenwalda 20 oraz „POLDEK” Dionizy Polikowski z siedzibą w Mierzwinie przy ul. Krzemiennej 4, a także odrzucił ofertę wykonawcy EKOCENTRUM SP. z o.o. . ul. Budziszewska 35/1 54-434 Wrocław, który to wykonawca, zwany dalej „Odwołującym” w dniu 16 kwietnia wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał 8 zarzutów w których zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących czynności podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania o udzielenia zamówienia;

1. Dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę -Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Lucjana Szenwalda 20 oraz „POLDEK” Dionizy Polikowski z siedzibą w Mierzwinie przy ul. Krzemiennej 4, zwanego dalej Konsorcjum EKO-INWEST, pomimo braku wykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu., oraz pomimo złożenia przez Konsorcjum EKO-INWEST nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania,
2. Zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum EKO-INWEST jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu uznania oferty złożonej przez Konsorcjum EKO-INWEST za odrzuconą,
3. Zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum EKO-INWEST jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz zaniechaniu uznania oferty złożonej przez Konsorcjum EKO-INWEST za odrzuconą;

4. Wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że Konsorcjum EKO-INWEST, złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, a w związku z powyższym ww. czynność nie mogła mieć miejsca;
5. Uwzględnianiu kilkakrotnego uzupełnienia dokumentów składanych na tę samą okoliczność potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo, że czynność uzupełniania oświadczeń i dokumentów w określonym zakresie winna być czynnością jednorazową ;
6. Wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu nie wniesienia wymaganego wadium, zabezpieczającego w pełni interes Zamawiającego, oraz odrzuceniu jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu, zaś jego oferta nie podlega odrzuceniu, bowiem złożył on wraz z ofertą prawidłową gwarancję wadialną, zgodną z wymaganiami SIWZ i ustawą, w pełni zabezpieczającą interes Zamawiającego, oraz samodzielnie i w sposób prawidłowy przedłużył gwarancję wadialną (oraz termin związania ofertą) o dopuszczony ustawą okres;
7. Zaniechaniu wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz do przedłużenia wadium, pomimo że Odwołujący był nadal uczestnikiem postępowania (nie został skutecznie wykluczony z postępowania, ani nawet nie został powiadomiony o wykluczeniu/odrzuceniu oferty), podczas gdy do pozostałych wykonawców Zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 85 ust. 2 i ust. 4 Ustawy, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców oraz o prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji,
8. Zaniechaniu badania i oceny oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, a w rezultacie zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Powyższym czynnościom Zamawiającego stanowiącym zarzuty, Odwołujący przypisał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.

1. Naruszenie -art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym; w szczególności dysponowania Ekspertem nr 11: Technologiem uzdatniania wody, oraz
2. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego

postępowania, tj. informacje dotyczące doświadczenia Eksperta nr 11: Technologa uzdatniania wody;

3. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym; w szczególności dysponowania Ekspertem nr 1: Inżynier Rezydent, oraz Ekspertem nr 2: Zastępca Inżyniera Rezydenta, oraz Ekspertem nr 3: Księgowy Projektu - specjaliści ds. rozliczeń (w zakresie 1 specjalisty), Ekspertem nr 5: Inspektor Nadzoru - specjalista ds. sanitarnych (w zakresie 4 specjalistów), Ekspertem nr 7: Inspektor Nadzoru -specjalność instalacyjna w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w zakresie 1 specjalisty),

4. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 Ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj informacje dotyczące Eksperta nr 1: Inżynier Rezydent , oraz Eksperta nr 2: Zastępca Inżyniera Rezydenta, oraz Eksperta nr 3: Księgowy Projektu - specjaliści ds. rozliczeń (w zakresie 1 specjalisty), Eksperta nr 5: Inspektora Nadzoru -specjalisty ds. sanitarnych (w zakresie 4 specjalistów), Eksperta nr 7: Inspektor Nadzoru - specjalność instalacyjna w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w zakresie 1 specjalisty);

5. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 Ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi obejmującej pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych lub równoważnych (np. VOB) dla projektów z sektora wodno - ściekowego, które obejmowały budowę lub modernizację minimum jednej oczyszczalni ścieków o wartości robót minimum 20 000 000,00 PLN (bez podatku VAT); oraz

6. Naruszenie- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. informacje dotyczące wiedzy doświadczenia w ww. zakresie;

7. Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, w związku art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 Ustawy, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania, zaś jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą; poprzez wezwanie Konsorcjum EKO-INWEST do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; oraz poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum EKO-INWEST, do którego doszło na skutek kilkakrotnego uzupełnienia dokumentów na tożsamą okoliczność, pomimo, że czynność uzupełniania oświadczeń i dokumentów winna być w określonym zakresie czynnością jednorazową, przez co nie zapewnił równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu;
8. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu nie wniesienia wymaganego wadium, zabezpieczającego w pełni interes Zamawiającego, oraz odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu, zaś jego oferta nie podlega odrzuceniu, bowiem złożył wraz z ofertą prawidłową gwarancję wadialną, zgodną z wymaganiami SIWZ i Ustawą, w pełni zabezpieczającą interes Zamawiającego, oraz samodzielnie i w sposób prawidłowy ją przedłużył (a także termin związania ofertą) o dopuszczony ustawą okres;
9. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 ustawy-poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz do przedłużenia wadium, pomimo że Odwołujący był (i nadał jest) uczestnikiem postępowania, podczas gdy do pozostałych wykonawców Zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 85 ust. 2 i ust. 4 Ustawy, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców oraz o prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
10. Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 65 i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, z powodu dokonania wykładni oświadczenia woli wbrew treści dokumentu wadium, woli stron zawierających tę umowę, i wbrew celowi przedłożenia dokumentu wadium Zamawiającemu, jaki ustawa Pzp wiąże z tym faktem;
11. Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 Ustawy, ewentualnie w związku z art. 26 ust. 4 Ustawy, gdyż podejmując tak daleko idącą decyzję o eliminacji Odwołującego z postępowania, Zamawiający nawet nie próbował wyjaśnić swoich wątpliwości co do treści dokumentu wadium z Odwołującym;
12. Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a w rezultacie zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia oferty Odwołującego z Postępowania i uznania tej oferty za odrzuconą;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z udziałem oferty Odwołującego;
3. Wykluczenie Konsorcjum EKO-INWEST z postępowania ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania oraz uznanie oferty EKO-INWEST za odrzuconą jako oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania,
4. Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając powyższe zarzuty wskazał na:

1- w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym; w szczególności dysponowania Ekspertem nr 11: Technologiem uzdatniania wody, a ponadto, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania wskazał, że zgodnie z pkt III.2.3) 2 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt IX.1.3) IDW, stanowiącą część I SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wymagane było wykazanie przez Wykonawcę, iż dysponuje potencjałem min. 21-osobowym zespołem ekspertów, w jedenastu specjalnościach eksperckich, posiadających określone kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. Jednym z wymogów dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia było dysponowanie jedną osobą na stanowisko Eksperta nr 11 - Technologa uzdatniania wody, który winien się wykazać — wykształcenie techniczne, minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pracy na stanowisku Kierownik stacji uzdatniania wody; technolog na stacji uzdatniania wody lub pokrewnych związanych z zarządzaniem, kierowaniem, nadzorowaniem procesu technologicznego uzdatniania wody z zakresu technologii produkcji i uzdatniania wody obejmujących stacje uzdatniania wody o **średniej** wydajności 300 m³/h.

Ponadto, w ramach wyjaśniania i uzupełniania SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, że wydajność 300 m³/h odnosi się do **wydajności stacji** uzdatniania wody, a wielkość ta nie może być sumą wydajności stacji uzdatniania wody na których pracował Ekspert.

Wykonawca w wykazie osób, stanowiącym załącznik do oferty, sporządzony na formularzu nr 7 (strony 31-33 oferty) w poz. nr 21 zaproponował pana Krzysztofa Ozgę na stanowisko

Eksperta nr 11 -: Technologa uzdatniania wody i podał, że minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pracy na stanowisku Kierownik stacji uzdatniania wody o średniej wydajności 300 m³/h. Doświadczenie pana Krzysztofa Ozgi miało wynikać z pełnienia przez niego funkcji Kierownika Zakładu na stacji wodociągowej MALTA w Gminie Krzeszyce, na której prowadził nadzór nad pracą wodociągu grupowego MALTA, w tym nadzór nad pracą Stacji Uzdatniania Wody o wydajności 300 m³/h.

Nie są to jednak, zdaniem Odwołującego informacje zgodne ze stanem faktycznym. Z informacji, którymi dysponuje Odwołujący i które są potwierdzone na **ogólnodostępnych stronach internetowych** wynika bowiem, że stacja wodociągowa w Malcie bazuje na dwóch studniach głębinowych o głębokości 116 i 118 m i wydajności 1496 m³/d (1496 m³/d w przeliczeniu na średnią wydajność godzinową daje wartość około 62,33 m³), a zatem nie może być uznana za spełniającą warunek określony przez Zamawiającego jako stacja uzdatniania wody o średniej wydajności 300 m³/h. Zatem Pan Krzysztof Ozga, z racji pełnienia przez niego funkcji Kierownika Zakładu na Stacji wodociągowej MALTA w Gminie Krzeszyce, nie ma doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Dowody potwierdzające stanowisko Odwołującego zostały zaczerpnięte ze stron internetowych.

Ponadto na okoliczność, że Konsorcjum EKO-INWEST złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj informacje dotyczące doświadczenia Eksperta nr 11 wskazał, że Zamawiający dnia 24.02.2012r. wystosował do Konsorcjum EKO-INWEST pismo (nr pisma TL/1259/2012) wzywające do uzupełnienia dokumentów, w którym jednocześnie poinformował wykonawcę o zauważeniu i poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w treści tabeli formularza dotyczącego Eksperta nr 11 (w pozycji gdzie winno być wpisane „wydajność stacji uzdatniania wody” wpisano „wydajność oczyszczalni”).

Konsorcjum EKO-INWEST udzielając odpowiedzi na pismo z 24.02.2012 r., poza innymi uzupełnieniami, uzupełniło (wymieniło) załącznik z wykazem osób do oferty na formularzu nr 7, podtrzymując propozycję pana Krzysztofa Ozgi na stanowisko Eksperta nr 11 - Technologa uzdatniania wody (poz. 21 tabeli), załączając przy tym opis doświadczenia zawodowego tego Eksperta poprawiony pismem komputerowym w zakresie oczywistej omyłki zauważonej i poprawionej wcześniej odręcznie przez Zamawiającego. Jednocześnie Konsorcjum EKO-INWEST podtrzymało wszystkie pozostałe informacje dotyczące doświadczenia, w tym również informację dotyczącą wydajności stacji uzdatniania wody na Stacji wodociągowej Malta w Gminie Krzeszyce, którą ponownie określono jako wydajność 300 m³/h. Zatem oczywiste jest, że wybrany wykonawca przedłożył w postępowaniu nieprawdziwą informację w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy , która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

2 - odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST i art. 24 ust. 4 Ustawy w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym; w szczególności dysponowania Ekspertem nr 1: Inżynier Rezydent, oraz Ekspertem nr 2: Zastępca Inżyniera Rezydenta, oraz Ekspertem nr 3: Księgowy Projektu - specjaliści ds. rozliczeń (w zakresie 1 specjalisty), Ekspertem nr 5: Inspektor Nadzoru - specjalista ds. sanitarnych (w zakresie 4 specjalistów), Ekspertem nr 7: Inspektor Nadzoru -specjalność instalacyjna w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w zakresie 1 specjalisty), Ponadto wskazał, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST oraz zaniechał uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

W uzasadnieniu tego zarzutu stwierdził, że zgodnie z pkt III.2.3) 2 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt DC.1.3) ID W, stanowiącą część I SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wymagane było wykazanie przez Wykonawcę, iż dysponuje potencjałem min. 21-osobowym zespołem ekspertów, w jedenastu specjalnościach eksperckich, posiadających określone kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. W złożonym wraz z ofertą wykazie osób Wykonawca nie wykazał spełniania warunków dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym w odniesieniu do ww. osób i tym samym nie wykazał spełnienia tego warunku, a ponadto wybrany wykonawca na wykazanie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje w zakresie Eksperta nr 11, które miały (lub mogły mieć wpływ) na wynik Postępowania.- Z tego też względu winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, z konsekwencją uznania oferty za odrzuconą.

3- odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi obejmującej pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych lub równoważnych (np. VOB) dla projektów z sektora wodno - ściekowego, które obejmowały budowę lub modernizację minimum jednej oczyszczalni ścieków o wartości robót minimum 20 000 000,00 PLN (bez podatku VAT); a także art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST, pomimo że

ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj informacje dotyczące wiedzy doświadczenia w ww. zakresie, W uzasadnieniu podał, że zgodnie z pkt III.2.3) I.b) tiret pierwsze Ogłoszenia o zamówieniu i pkt IX.1.2) b) tiret pierwsze IDW, stanowiącą część I SIWZ, Zamawiający wymagał:

b) Inżynier musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał usługi obejmujące pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych lub równoważnych (np. VOB) dla projektów z sektora wodno -ściekowego, które obejmowały:

- budowę lub modernizację minimum jednej oczyszczalni ścieków o wartości robót minimum 20 000 000,00 PLN (bez podatku VAT) każda,

Wybrany wykonawca na potwierdzenie należytego wykonania przedmiotowej usługi przedstawił referencje z dnia 02.02.2011 wystawione w j. angielskim na podmiot trzeci, tj. COVI A/S wraz z tłumaczeniem na j. polski, potwierdzonym za zgodność tłumaczenia z *oryginałem przez osobę podpisującą ofertę, z którego to tłumaczenia wynikało, że „Niniejszym potwierdzamy, że w okresie 2002 - 2009 Spółka COWI A/S wykonywała i należycie ukończyła wykonywanie usług Inżyniera Kontraktu podczas rozbudowy Oczyszczalni Ścieków Niva dla niżej opisanych etapów tej inwestycji”*.

Łączna wartość usług Inżyniera Kontraktu wyniosła około 782.712 EUR

W wyniku wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia (pismo znak: TL/1259/2012 z dnia 24.02.2012r.) Konsorcjum EKO-INWEST uzupełniło wymagane zobowiązanie wraz z dokumentami podmiotowymi dotyczącymi COVI A/Si, załączając jednocześnie nową referencję do wskazanego zadania wystawioną w j. angielskim dnia 16.01.2012 r., wzbogaconą o dodatkowe informacje, m.in. w zakresie warunku udziału dotyczącego równoważności do Warunków Kontraktowych (FIDIC), wraz z tłumaczeniem tej referencji na j. polski, potwierdzonym za zgodność tłumaczenia z oryginałem przez osobę podpisującą ofertę, z którego to tłumaczenia wynikało dodatkowo m.in., że : „zadanie było wykonywane zgodnie z duńskimi warunkami kontraktowymi równoważnymi do warunków kontraktowych FIDIC".

Stwierdził, że że Konsorcjum EKO-INWEST nie udowodniło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymaganego pkt III.2.3) I.b) tiret pierwsze Ogłoszenia o zamówieniu i pkt IX.1.2) b) tiret pierwsze IDW.

O powyższym świadczyć miał fakt, że w ramach wyjaśnień z dnia 27.03.2012r. wykonawca ten próbował bez wezwania przez Zamawiającego uzupełnić wykaz wykonanych usług wskazując dodatkowo inną usługę, udostępnioną również przez duński podmiot trzeci COVI A/S, ale rym razem wykonywaną na warunkach kontraktowych FIDIC.

Na okoliczność, że Konsorcjum EKO-INWEST złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Odwołujący wskazał na tłumaczenia załączanych referencji, nie odzwierciedlające oryginałów, wskazujące ewidentnie na intencję naciągnięcia tłumaczenia pod wymagany warunek, a tym samym przekłamujące oświadczenie wiedzy przekazanej w języku obcym przez ich wystawcę.

4- odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, w związku art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 Ustawy, poprzez wezwanie Konsorcjum EKO-INWEST do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; oraz poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum EKO-INWEST, do którego doszło na skutek kilkakrotnego uzupełnienia dokumentów na tożsamą okoliczność, pomimo, że czynność uzupełniania oświadczeń i dokumentów winna być w określonym zakresie czynnością jednorazową, przez co nie zapewnił równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu.

Wskazał, że pismem z dnia 24.02.2012r. (znak: TL/1259/2012) Zamawiający po raz pierwszy wezwał Konsorcjum EKO-INWEST do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. W wyniku uzupełnień i wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum EKO-INWEST pismem z dnia 07.03.2012r. (znak: 484/2012) Zamawiający otrzymał m. in. kolejną referencję z dnia 02.02.2011r. dotyczącą usługi Inżyniera, wskazanej w załączonym do oferty wykazie usług (tabela, poz. nr 2), związanej z modernizacją i Rozbudową Oczyszczalni Ścieków w Niva, wystawioną w j. angielskim na podmiot trzeci, tj. COVI A/S wraz z tłumaczeniem na j. polski, która wzbudziła poważne wątpliwości Zamawiającego, skoro po pierwsze - podparł się własnym tłumaczeniem przysięgłym zawartej w niej treści, po drugie - pismem z dnia 23.03.2012r. (pismo znak: Tty 1883/2012) wezwał Wykonawcę do m.in. do złożenia wyjaśnień w zakresie „Wykazania równoważności pomiędzy warunkami umownymi na podstawie, których realizowane były wskazane w ramach udostępnionej wiedzy i doświadczenia umowy z Warunkami kontraktowymi FIDIC”. Odpowiedź Wykonawcy z dnia 27.03.2012r. (pismo znak: DPI/622/2012) była wystarczająca - zdaniem Odwołującego - do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt III.2.3) I.b) tiret pierwsze Ogłoszenia o zamówieniu i pkt IX.1.2) b) tiret pierwsze IDW, jak również, że złożone wraz z referencjami tłumaczenie na język polski poświadczало nieprawdę -(dotyczy zarówno tłumaczenia referencji złożonej w ofercie, wystawionej z datą 02.02.2011r., jak i tłumaczenia referencji złożonej w ramach uzupełnienia, wystawionej z datą 16.01.2012r.).

Zamawiający pomimo, że posiadał lub mógł posiadać co najmniej taką znajomość sprawy jak Odwołujący to jednak nie postąpił zgodnie z literą prawa i podjął w sposób bezprawny próbę konwalidowania oferty Konsorcjum EKO-INYEST w drodze wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Uczynił to pismem z dnia 30.03.2012r. (znak pisma TI/2022/2012). Konsorcjum EKO-INVEST pismem z dnia 04.04.2012r. (znak pisma : DPI 685/2012) uzupełniło wymagane oświadczenia i dokumenty na wezwanie Zamawiającego,

5 - odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu nie wniesienia wymaganego wadium, zabezpieczającego w pełni interes Zamawiającego, oraz odrzucenie jego oferty Jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego,

Odwołujący stwierdził, że nie podlegał wykluczeniu, zaś jego oferta nie podlegała odrzuceniu, bowiem złożył wraz z ofertą prawidłową gwarancję wadialną, zgodną z wymaganiami SIWZ i ustawą, w pełni zabezpieczającą interes Zamawiającego, oraz samodzielnie i w sposób prawidłowy ją przedłużył (a także termin związania ofertą) o dopuszczony ustawą okres.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zawartego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdził, że stanowisko Zamawiającego w kwestii wskazanej jako podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania nie została poparta jakimikolwiek dowodami przez Zamawiającego, i stanowi nad interpretację treści przedłożonej w ofercie Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr GWo/249A/12-101470800 z dnia 11 stycznia 2012r..Podniósł, że powyżej zarzuty dotyczące wadliwości Gwarancji uniemożliwiającej jakoby zatrzymanie wadium oparte są na wybiórczo lub błędnie podanych przez Zamawiającego okolicznościach faktycznych.

Powołanie się przez Zamawiającego w uzasadnieniu formalnym wykluczenia na § 3 ust 1 załączonej do oferty Gwarancji, bez uwzględnienia treści gwarancji jako całości, oraz stwierdzenie, że z treści tego zapisu wynika, że Zamawiający może się z gwarancji zaspokoić (zatrzymać wadium) jedynie wówczas, gdy spełnione będą „wszystkie wymogi formalne określone w § 2 ust. 2" i dalej zacytowanie całego § 2 ust. 2 jako wymogów formalnych jest swoistą manipulacją, stojącą w oczywistej sprzeczności z wykładnią art. 56 i art. 65 § 1 i § 2 kc wystawienia i przedstawienia Zamawiającemu gwarancji na okoliczność zabezpieczenia jego oferty. O tym, jakie warunki muszą zostać spełnione w celu uaktywnienia zapłaty obowiązku sumy wadium, decyduje cała treść Gwarancji. Wskazał, że elementy Gwarancji pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że dokument ten zawiera wymaganą treść i pozwala Zamawiającemu uzyskać zabezpieczenie w pełnym zakresie przewidzianym przez ustawę. Z wykładni gwarancji, uzasadnionej również okolicznościami

towarzyszącymi jej udzieleniu oraz przepisami ustawy na które się powołuje, a także wymogami zawartymi w SIWZ w odniesieniu do wadium wynika, że roszczenia Zamawiającego, które mogłyby powstać w wypadku konieczności zatrzymania wadium na warunkach określonych w Gwarancji były i są od początku należycie zabezpieczone.

6- odnośnie zarzutu naruszenia: - art. 7 ust. 1 ustawy, w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 ustawy-poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz do przedłużenia wadium, podczas gdy do pozostałych wykonawców Zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 85 ust 2 i ust. 4 Ustawy, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, a także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 65 i art. 5 Kodeksu cywilnego z powodu dokonania wykładni oświadczenia woli wbrew treści dokumentu wadium, wskazał iż świadczy to o nierównym traktowaniu wykonawców oraz o prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Stwierdził, że instytucja wadium polega przede wszystkim na zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on w trybie art. 85 ust 2 i ust. 4 ustawy wzywa wykonawców do przedłużenia ważności wadium oraz terminów związania ofertą. Zgodnie z zasadą zawartą w art. 7 ust. 1 takie wezwanie winno być wystosowane do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Pomimo tego, że Odwołujący był (i nadal jest) uczestnikiem postępowania (nie został skutecznie wykluczony z postępowania, ani nawet nie został powiadomiony o wykluczeniu/odrzuceniu oferty), to Zamawiający nie wystosował do niego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, ani do przedłużenia wadium (lub wniesienia nowego wadium) podczas, gdy do pozostałych wykonawców Zamawiający w dniu 09.03.2012r. wystosował wezwanie w trybie art. 85 ust 2 i ust. 4 Ustawy z terminem na uzupełnienie ww. wymaganych oświadczeń i dokumentów do dnia 16.03.2012r., co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców oraz o prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

7- odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy, ewentualnie w związku z art. 26 ust. 4 ustawy podniósł, że Zamawiający podejmując decyzję o eliminacji Odwołującego z postępowania nawet nie próbował wyjaśnić swoich wątpliwości co do treści dokumentu wadium z Odwołującym.

Wskazał iż w sytuacji gdy wykonawca zagrożony jest wykluczeniem z postępowania lub jego oferta mogłaby być odrzucona, Zamawiający winien jest podjąć wszelkie czynności dopuszczone Ustawą do sanowania uchybień w ofercie wykonawcy. Temu celowi służą przepisy np. art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust 4 ustawy, których brak zastosowania Odwołujący niniejszym zarzuca Zamawiającemu. Bowiem jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do treści dokumentu wadium, to nie mógł ich uznać za wykładnię autentyczną, bez zapoznania

się z opinią Stron, w tym przypadku Odwołującego i PZU. Wątpliwości, które się zrodziły nie mogą być uznane za pewne, nie wysłuchawszy zainteresowanej strony.

Ponadto Odwołujący w piśmie z dnia 26 kwietnia 2012 roku dodatkowo w szczególności poprzez wskazanie kilkudziesięciu orzeczeń KIO oraz wyroków sądów starał się wykazać zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto trakcie rozprawy złożył szereg dokumentów mających potwierdzać prezentowane w uzasadnieniu zarzutów stanowisko Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości podnosząc, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, gdyż Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert w postępowaniu i tym samym zarówno zasadnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jak i prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przyłączył się wykonawca Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Lucjana Szenwalda 20 oraz „POLDEK” Dionizy Polikowski z siedzibą w Mierzwinie przy ul. Krzemiennej 4, zwany dalej „Przystępującym” lub „EKO-INVEST”.

W przystąpieniu zostały podniesione argumenty wskazujące na zasadność decyzji Zamawiającego co do wykluczenia wykonawcy EKOCENTRUM sp. z o.o. , a także przemawiające za tym, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy EKO-INVEST dokonał prawidłowej oceny tej oferty i wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej było w pełni uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, pomimo iż tylko co do części podniesionych zarzutów Odwołujący udowodnił ich zasadność.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, Jego oferta w oparciu o kryteria oceny ofert określone w siwz jest ofertą sklasyfikowaną przez Zamawiającego na drugim miejscu z pośród ofert z najniższą ceną i tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Również Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której w postępowaniu odwoławczym przystąpił, gdyż jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może zagrozić jego interesom, jako wykonawcy zamówienia.

Izba przechodząc do merytorycznej oceny podniesionych zarzutów za zasadne uznaje łączne odniesienie się do zarzutu będącego częścią niemalże wszystkich podniesionych zarzutów, dotyczących zaniechania czynności wobec Konsorcjum EKO-INWEST wykluczenia z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą pomimo, że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba dokonując szczegółowej analizy w oparciu o dokumentację postępowania, a także biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika, stwierdza, że w postępowaniu Odwołujący nie wykazał, aby wybrany wykonawca EKO-INWEST składał dokumenty w postępowaniu w mając na celu w sposób świadomy wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Przechodząc do uzasadnienia stanowiska Izby w tej sprawie należy w pierwszej kolejności wskazać, że stosownie do przepisu art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wykluczenie takiego wykonawcy może mieć miejsce tylko w przypadku kumulatywnego spełnienia ww. obu przesłanek. Oznacza to, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwych informacji, gdyż dla zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust.2 pkt 3 niezbędne jest udowodnienie przez Odwołującego, że wskazana przez niego informacja, złożona w określonych okolicznościach miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

Zasadne jest podkreślenie, że celem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest wykluczanie tych wykonawców, którzy składając dokumenty czy oświadczenia w postępowaniu w sposób nieświadomy podali informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Zgodnie z art. 45 ust.2 lit g) dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe tylko w sytuacji kiedy wykonawca „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego”. Ocena poważności czy doniosłości wpływu złożonej informacji na wynik będzie zależała od jej oceny, przez Zamawiającego. Tym samym nawet informacja która z punktu widzenia wykonawców wprowadza w błąd Zamawiającego i według nich ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, to wg. Zamawiającego takiego wpływu mieć nie musi.

Jeśli przykładowo można wskazać, że jeśli Zamawiający otrzymując taką nieprawdziwą informację w postaci dokumentu czy oświadczenia, już na etapie jej weryfikacji posiadał wiedzę o niezgodności informacji zawartej w dokumencie czy oświadczeniu z rzeczywistym

stanem rzeczy, to taka informacja nie może wpływać na decyzję Zamawiającego mającą wpływ na wynik postępowania. Tym samym to nie wykonawca może decydować o wpływie nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, lecz leży to w gestii Zamawiającego.

Ponadto wprowadzenie w błąd musi mieć charakter świadomego i celowego działania ze strony wykonawcy, nieświadome wprowadzenie w błąd Zamawiającego nie może być podstawą wykluczenia z postępowania.

Tym samym za nieprawdziwą informację należy uznać informację wynikającą ze złożonego dokumentu lub oświadczenia, którą tam zawarto, mając na względzie świadome i celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, nakierowane na nieuczciwe uzyskanie zamówienia publicznego. Dla wykazania zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można wykazywać domniemanego wpływu na wynik, lecz wpływ ten winien być oceniany przez pryzmat konkretnego postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania, należy wskazać, że Odwołujący w zasadniczej mierze wpływ złożonych dokumentów na wynik prowadzonego postępowania sprowadza do założenia iż gdyby wykonawca EKO-INWEST nie złożył dokumentów obarczonych błędem to tym samym nie wykazałby spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zostałby z niego wykluczony, co miałooby skutek iż jego oferta zostałaby uznana za odrzuconą. Założenie przez Odwołującego, że informacja skażona błędem jest informacją nieprawdziwą, mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, jest założeniem błędnym, nie mającym uzasadnienia we wskazanym przepisie ustawy Pzp

Zdaniem Izby takie stanowisko Odwołującego nie może zasługiwać na uwzględnienie, dokonując wykładni art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy nie można pominąć treści regulacji zawartej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp.. Zamawiający stwierdzając w ofercie wykonawcy nieprawidłowe dokumenty lub ich brak winien w oparciu o przepis art. 26 ust.3 wystąpić do wykonawcy z żądaniem uzupełnienia ich treści. Tym samym ustawodawca dopuszcza uzupełnienie złożonych dokumentów i poprawienie oferty, a dopiero w ich następstwie podjęcie decyzji co do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba w tym składzie, podziela w omawianym zakresie stanowisko Izby, zaprezentowane w wyrokach z dnia 9 marca 2011 roku KIO 371/11 gdzie stwierdzono, że *„Za informację nieprawdziwą nie może być uznana taka informacja, która jest sprzeczna z wykładnią treści siwz dokonaną przez jednego z wykonawców. Według Izby informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu, co do stanu faktycznego, u odbiorcy informacji. Istotą informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację, musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby”*, oraz wyroku z dnia 2 listopada 2011 roku KIO 2252/11,

gdzie Izba uznała, że „przepis art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, a nie w okolicznościach niekwalifikowanych wewnętrznym zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wyzyskania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego”.

Tym samym Zdaniem Izby stwierdzić należy, że w oparciu o dokumentację postępowania nie stwierdzono aby, zawarte w treści złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu informacje, co do których Zamawiający stwierdził braki lub błędy były złożone celem wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Nadto w oparciu o przedstawione przez Odwołującego argumenty nie stwierdzono, aby treść tych dokumentów, podlegających uzupełnieniu miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

Wraz z rozpoznaniem ww. zarzutu zasadne jest również łączne rozpatrzenie przez Izbę, zarzutów wskazywanych w odwołaniu iż na skutek umożliwienia przez Zamawiającego, Odwołującemu, kilkakrotnego uzupełnienia dokumentów na tożsamą okoliczność, doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu.

Wskazać również należy, że przedmiotem szczególnej krytyki zamawiającego ze strony Odwołującego było przyjmowanie dokumentów od Przystępującego składanych z jego własnej inicjatywy oraz ponowne wzywanie wykonawcy do złożenia tych dokumentów w trybie przepisu z art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Izba odnosząc się do uregulowań ustawowych w tym zakresie wskazuje, że stosownie do art 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1. Są to mianowicie dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert.

O ile zakres dokumentów podlegających uzupełnieniu został określony precyzyjnie, o tyle wątpliwości wykonawców może budzić sama procedura uzupełniania dokumentów, a przede wszystkim to, czy wykonawca może dokonać takiego uzupełnienia z własnej inicjatywy. Mogłoby się wydawać, iż samodzielne uzupełnienie przez wykonawcę dokumentów w

postępowaniu powinno być traktowane przez zamawiającego tak samo jak uzupełnienie na wezwanie. Rozważenia wymaga czy wykonawca samodzielnie uzupełniający dokumenty naraża się na ryzyko nie uznania przez Zamawiającego takiego uzupełnienia za skuteczne, czy też na utratę możliwości dokonania uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego.

W przedmiotowym zakresie brak jest jednolitego stanowiska zarówno doktryny jak i orzecznictwa. Jeden z poglądów sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca, nawet bez wezwania ze strony Zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów, gdyż żaden z przepisów ustawy pzp takiego działania wykonawcy nie zabrania. Równocześnie wskazuje się, że w przypadku samodzielnego uzupełnienia dokumentów, które następnie okazały się wadliwe, wykonawca naraża się na ryzyko uznania przez Zamawiającego, iż czynność związana z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów została już dokonana. W efekcie wykonawca nie zostanie wezwany przez Zamawiającego do złożenia prawidłowych dokumentów, co finalnie będzie skutkowało wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania.

Drugi pogląd wyraża się w tym, że biorąc pod uwagę treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzić należy, że „zamawiający wzywa wykonawców”, tym samym samodzielną przedłożenie przez wykonawcę takich dokumentów, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego nie może być traktowane jako uzupełnienie dokumentów z tego względu, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy wymaga w tym zakresie podjęcia inicjatywy działania ze strony Zamawiającego, a nie wykonawcy.

Odnosząc się do powyższego, z uwagi na brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz orzecznictwo KIO, wykonawca nawet pomimo braku wyraźnego zakazu samodzielnego działania w tym zakresie, powinien podejmować działania związane z uzupełnieniem dokumentów i oświadczeń dopiero po uprzednim otrzymaniu wezwania zamawiającego do dokonania takiego uzupełnienia.

Za takim stanowiskiem przemawia nie tylko brzmienia art. 26 ust. 3 ale także skutki braku uzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wynikające z możliwości zatrzymania wadium – art. 46 ust. 4a).

Ponadto zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez Zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zarówno możliwość zatrzymania wadium jak i wykluczenia wykonawcy z postępowania obwarowana jest obligatoryjnym obowiązkiem wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Wyjątkiem jest jedynie

sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania.

Dlatego też gdyby przyjąć, że wykonawca może sam z własnej inicjatywy uzupełnić brakujące dokumenty to takie uzupełnienie pozbawiałoby Zamawiającego prawa do zatrzymania wadium, a także uniemożliwiłoby skuteczne wykluczenie wykonawcy. Warunkiem możliwości wykluczenia wykonawcy jest niewykonanie obowiązku nałożonego na wykonawcę w trybie art. 26 ust.3, W przypadku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów istotne jest, precyzyjne określenie zakresu wezwania. Brak precyzyjnego sformułowania wezwania nie może negatywnie skutkować dla wezwanego wykonawcy wykluczeniem z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje za zasadne stanowisko, że wykonawca nie powinien z własnej inicjatywy dokonywać uzupełnienia dokumentów oferty, gdyż biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należy, że Zamawiający nie może takich dokumentów poddawać ocenie, ponieważ samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. nie poprzedzone wezwaniem zamawiającego o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne".- wyrok z 28 lipca 2011r Sygn. akt: KIO 1521/11.

Odnosząc powyższe do treści podniesionego zarzutu, stanowiska Zamawiającego, a także dokumentacji postępowania, stwierdzić należy, że fakt złożenia przez Przystępującego niektórych dokumentów bez wcześniejszego wezwania do ich złożenia przez Zamawiającego nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania gdyż jak na rozprawie oświadczył Zamawiający „ to on jest gospodarzem postępowania i jakiegokolwiek składane przez wykonawców dokumenty bez wcześniejszego pisemnego wezwania przez Zamawiającego, nie były w ogóle brane pod uwagę. Ponadto Zamawiający w sposób niewątpliwy wykazał, że Zamawiający, dnia 24.02.2012 r., wezwał wykonawcę Konsorcjum EKO - INWEST na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w zakresie dotyczącym udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, na którego wiedzę i doświadczenie powoływał się Wykonawca

Następnie, dnia 23.03.2012 r, wezwał wykonawcę, do złożenia wyjaśnień, w zakresie wykazania równoważności pomiędzy warunkami umownymi na podstawie których realizowane były wskazane w ramach udostępnionej wiedzy i doświadczenia umowy z Warunkami Kontraktowymi FIDiC. Po dokonanej analizie złożonych wyjaśnień przez wykonawcę, Zamawiający, dnia 30.03.2012r, na podstawie zapisów art. 26 ust. 3 pzp, wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Wezwanie to nastąpiło na okoliczność diametralnie różną

od wezwania z dnia 24.02 2012r., toteż nie może być mowy o tożsamości uzupełnianych okoliczności.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający więcej niż raz wzywał Przystępującego do uzupełnienia lub złożenia dokumentu w zakresie tego samego braku, bądź, że Zamawiający dokonywał oceny dokumentów złożonych z inicjatywy Przystępującego. Tym samym zarzut ten nie może zostać uznany za zasadny.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym; w szczególności dysponowania Ekspertem nr 11, wskazać należy, że w postanowieniach SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazaniem się posiadania osobą na stanowisko Eksperta nr 11 – technologa uzdatniania wody. Oprócz wymogu posiadania wyższego wykształcenia technicznego wymagane było legitymowanie się przez wskazaną dla tej funkcji osobę, legitymowaniem się minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym w pracy na stanowisku kierownika stacji uzdatniania wody, technologa na stacji uzdatniania wody lub stanowiskach pokrewnych związanych z zarządzaniem, kierowaniem, nadzorowaniem procesu technologicznego uzdatniania wody z zakresu technologii produkcji i uzdatniania wody obejmujących stacje uzdatniania wody o średniej wydajności 300 m³/h.

W odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający wyjaśniając zmodyfikował stawiany wymóg w ten sposób, że wskazał iż „wydajność 300 m³/h odnosi się do wydajności stacji uzdatniania wody”,.

Odwołujący kwestionując posiadane doświadczenie przez wskazaną na przedmiotową funkcję osobę Pana Krzysztofa Ozgi argumentował, że stacja wodociągowa Malta w Gminie Krzeszące, gdzie wskazana osoba miała nabyć wymagane doświadczenie, nie posiada wymaganej wydajności. W tym celu przedłożył między innymi zaświadczenie z Zakładu Usług Komunalnych w Krzeszycach z którego wynika, że według pozwolenia wodnoprawnego wydajność stacji wodociągowej Malta wynosi 72 m³ na godzinę. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w przedłożonej opinii dotyczącej wydajności Stacji Uzdatniania Wody w msc. Malta. Przedłożył również decyzję starosty sulęcińskiego z dnia 8 sierpnia 2005 roku, dotyczącą udzielenia pozwolenia wodnoprawnego na pobór wód podziemnych dla ujęcia wody w m. Malta gdzie również wskazano iż zezwolenie dotyczy możliwości poboru wody z ujęcia na działce 52/1 w ilości maksymalnej nie większej niż 72 m³ na godzinę.

Zamawiający odnosząc się do treści zarzutu wskazał, że opierając się na oświadczeniu Pana Krzysztofa Ozgi, którego prawdziwość została dodatkowo potwierdzona przez kierownika tej

stacji - Dariusza Gondka z którego wynika, iż stacja ma maksymalną wydajność 315m³ na godzinę. Podobne stanowisko co Zamawiający zaprezentował Przystępujący.

Izba rozpatrując ten zarzut, na wstępie stwierdza, że Odwołujący wydaje się nie zauważać, że postawiony w tym zakresie wymóg w SIWZ został w sposób zasadniczy zmieniony poprzez treść odpowiedzi na pytanie, otóż pierwotny wymóg „średniej wydajności minimum 300 m³/h” został zastąpiony wymogiem / co wskazuje sam Odwołujący - str. 11 odwołania/ „wydajności 300 m³/h”. Wydajność stacji „300m³/h”, oznacza iż chodzi tutaj o możliwą maksymalną wydajność stacji, czyli ile wody w sytuacji maksymalnego zapotrzebowania może zostać wyekspediowane ze stacji do odbiorców. Taki wymóg nie ma nic wspólnego ze średnią godzinową wydajnością stacji, ani z wydajnością ujęcia wody itp. Woda pobierana z ujęć może być gromadzona w zbiornikach – tak jak to oświadczył Zamawiający i godzinach największego zapotrzebowania na wodę, może być ekspediowana w dużo większej ilości niż to wynika z wydajności ujęć wody czy pozwolenia wodno prawnego.

Wskazać należy, że Odwołujący wykazywał iż średnio godzinowa wydajność stacji jest dużo mniejsza niż wymagane 300 m³/h, lecz nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości iż w chwili obecnej maksymalna wydajność godzinowa stacji uzdatniania wody jest mniejsza niż 315 m³/h wskazane w oświadczeniu Pana Krzysztofa Ozgi.

Odwołujący powołał się wprawdzie na dokumentację projektową dla stacji „Malta”, z którego wynika, iż była ona zaprojektowana na dużo mniejszą wydajność niż wykazane przez wykonawcę 300 m³ na godzinę . Jednak dokumentacja ta pochodzi sprzed kilkunastu lat i nie zostało w żaden sposób wykazane, że od tamtej pory stacja ujęcia wody nie została rozbudowana czy zmodernizowana. Ciężar udowodnienia faktów podnoszonych w tym zarzucie w całości obciąża Odwołującego.

Tym samym podniesiony zarzut nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKO-INWEST gdyż ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, gdyż w odwołaniu kwestionował posiadane kwalifikacje i doświadczenie osób wskazanych na stanowiska Eksperta oznaczone numerem 1; 2; 3; 5; i 7. Jednakże na rozprawie Odwołujący podtrzymał tylko zarzuty co do 2 osób wskazanych na stanowisko eksperta nr 5 tj. Pana Adama Koniecznego oraz Pana Jerzego Włodarczyka.

Odnosząc się do posiadanej przez Adama Koniecznego EKO – INWEST kwalifikacji, że wymagane 5 letnie doświadczenie nabyte zostało przy realizacji robót sanitarnych przy „uzbrojeniu terenu pod budowę zespołów budynków mieszkaniowych wielorodzinnych w Gorzowie Wielkopolskim”, które miało miejsce w latach od grudnia 2002 roku do grudnia 2011 roku.

Odwołujący podniósł, iż niemożliwe jest, aby zarówno samo uzbrojenie terenu jak i roboty sanitarne z nim związane trwały ponad 5 lat, a ponadto z przedstawionego wykazu wynika, że osoba ta była zatrudniona na podstawie umowy o pracę u danego pracodawcy, a to oznacza, że przez cały ten okres pełniła wymaganą w SIWZ funkcję Inspektora nadzoru. Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do tego zarzutu stwierdzając, że nie miał podstaw do kwestionowania doświadczenia wskazanej na stanowisko Eksperta nr 5 osoby Pana Adama Koniecznego.

Izba nie może zaakceptować takiego stanowiska Zamawiającego i wskazuje, że Zamawiający winien szczegółowo weryfikować dokumenty oferty, celem udzielenia zamówienia wykonawcy który spełnia postawione w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wymagania. Ponadto biorąc pod uwagę treść zadania inwestycyjnego 'uzbrojenie terenu' trudno nie przyznać Odwołującemu racji w tym zakresie.

W zakresie spełniania postawionych w SIWZ wymagań co do drugiej osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Eksperta nr 5 p. Jerzego Włodarczyka, Izba opierając się na wskazanym przez Zamawiającego sposobie obliczania okresów pełnienia funkcji inspektora nadzoru, polegającym na tym, że w przypadku nie podania do okresu pełnienia tej funkcji dnia jej rozpoczęcia i zakończenia, a wskazania tylko nazwy miesiąca i roku, to do liczenia okresu pełnienia funkcji nie uwzględnia się pierwszego i ostatniego wskazanego miesiąca. Ponadto w przypadku dublowania się okresu pełnienia funkcji dany okres należy wliczyć tylko raz.

Izba przyjmuje za zasadny taki sposób liczenia, gdyż bez podania dokładnej daty w dniach nie jest wiadome czy rozpoczynanie pełnienia funkcji inspektora nadzoru nie miało miejsca np. ostatniego dnia miesiąca, a zakończenie nie nastąpiło np. pierwszego dnia miesiąca.

Przy takim założeniu, w trakcie rozprawy dokonano obliczenia okresu pełnienia funkcji i okazało się, że w sposób niewątpliwy p. Jerzy Włodarczyk legitymuje się doświadczeniem w okresie 58 miesięcy. Tym samym wykazano spełnienia warunku posiadania 5 letniego okresu doświadczenia. Zarówno Zamawiający jak i Odwołujący uznali taki wynik obliczeń za niewątpliwie odpowiadający wykazanym okresom pełnienia funkcji inspektora nadzoru.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła podniesiony zarzut co do ww. osób i nakazała Zamawiającemu przy ponownej ocenie ofert wezwanie wykonawcy EKO – INWEST w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. do dokonania uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Izba nie mogła z tego powodu nakazać wykluczenia wykonawcy EKO-INWEST z postępowania gdyż w przedmiotowym zakresie nie był on dotychczas wzywany do uzupełnienia dokumentów.

W zakresie zarzutu nie wykazania przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi obejmującej pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych lub

równoważnych (np. VOB) dla projektów z sektora wodno - ściekowego, które obejmowały budowę lub modernizację minimum jednej oczyszczalni ścieków o wartości robót minimum 20 000 000,00 PLN, Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał, że konsorcjum EKO-INVEST składając ofertę wykazało się wykonaniem tylko jednej usługi. Druga ze wskazanych w Formularzu nr 6 usług nie była wykonywana przez Wykonawcę. Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających udostępnienie wiedzy i doświadczenia Inżynierowi przez podmiot trzeci. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Wykonawcę pismem z dnia 24.02.2012 r do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę w/w warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie powołuje się EKO -INWEST.

Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, uzupełnił dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, złożył dokumenty dotyczące powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego oraz określające sposób uczestniczenia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia.

Zamawiający po dokonanej analizie załączonych do oferty przez wykonawcę dokumentów potwierdzających udostępnienie wiedzy i doświadczenia stwierdził, iż nie wynika z nich jednoznacznie jaki był przedmiot usług zgłaszanych w ramach doświadczenia i wiedzy w kontekście warunku postawiono przez Zamawiającego. Z prywatnych tłumaczeń dokumentów sporządzonych przez Inżyniera wynikał inny zakres usług aniżeli z tłumaczenia przysięgłego tłumacza sporządzonego na zlecenie Zamawiającego.

Wobec powyższego Zamawiający, na podstawie zapisów art. 26 ust. 4 pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania równoważności pomiędzy warunkami umownymi na podstawie których realizowane były wskazane w ramach udostępnionej wiedzy i doświadczenia umowy z Warunkami Kontraktowymi FIDIC.

W oparciu o uzyskane wyjaśnienia Zamawiający uznał, że wskazane przez wykonawcę w ofercie, w Formularzu nr 6 - Wykaz wykonanych usług (Tabela pkt 2), usługi realizowane były w oparciu o duńskie warunki kontraktowe, które są równoważne z warunkami FIDIC.

Ponadto w złożonych wyjaśnieniach EKO – INWEST wykazał, iż w zakresie czynności sprawowanych przez COVI A/S jako Inżyniera dla wskazanej inwestycji było m.in. zarządzanie kontraktem na roboty budowlane w imieniu Inwestora w aspekcie prawnym, finansowym i technicznym, co zgodne jest z obowiązkami przypisanymi Inżynierowi w Warunkach Kontraktowych FIDIC.

Zamawiający dokonując oceny dokumentów złożonych w ofercie bądź na wezwanie Zamawiającego jako uzupełnienia lub wyjaśnień uznał, że wykonawca spełnia postawiony w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia warunek, gdyż działania wykonywane przez

Inżyniera nie stanowią katalogu zamkniętego a zakres tych działań jest zależny od rodzaju, zakresu inwestycji i potrzeb danego inwestora. Zamawiający wymagał „pełnienia funkcji Inżyniera”, nie precyzując szczegółowo Jakie zadania, czynności w ramach pełnienia tej funkcji wykonawcy winni wskazać. Zatem brak wskazania wprost w treści złożonych dokumentów (referencji), że Wykonawca pełnił funkcję Inżyniera nie może świadczyć o niespełnieniu wymogów określonych w SIWZ, tym bardziej, że zadania wymienione w przedłożonych referencjach należą do sfery działań Inżyniera.

Również odnośnie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał usługi obejmujące pełnienie funkcji Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych lub równoważnych (np. VOB) dla projektów z sektora wodno - ściekowego, które obejmowały budowę lub modernizację minimum jednej oczyszczalni ścieków o wartości robót minimum 20 000 000,00 PLN (bez podatku VAT), Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału.

Wykonawca, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, złożył dodatkowe referencje i wykaz wykonanych usług potwierdzające, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Odnośnie zarzutu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 pzp oraz 89 ust. 1 pkt. 5 pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z powodu nie wniesienia wymaganego wadium, Izba wskazuje, że Odwołujący stwierdził iż nie podlega wykluczeniu, zaś jego oferta nie podlega odrzuceniu, bowiem złożył wraz z ofertą prawidłową gwarancję wadialną, zgodną z wymaganiami SIWZ i Ustawą, w pełni zabezpieczającą interes Zamawiającego.

Izba stwierdza, że Odwołujący złożył jako zabezpieczenie wadialne- Gwarancję Ubezpieczeniową zapłaty wadium o Nr GWo/249A/12-101470800 wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał jako zasadne stanowisko które zajął w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdzając, że oferta Odwołującego nie została skutecznie zabezpieczona wadium. Stwierdził, że przedłożony dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium zawiera szczegółowo określone wymogi formalne, które implikują obowiązek po stronie Gwaranta zapłaty wadium. Zamawiający zgodnie z treścią § 3 ust. 1 gwarancji może się z niej zaspokoić (zatrzymać wadium) jedynie wówczas, gdy spełnione będą "wszystkie wymogi formalne określone w§ 2 ust. 2", a te są następujące:

1) "oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył

dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 Ustawy, lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nie leżących po jego stronie;

2) oferta oferenta została wybrana, oraz że:

a) oferent odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta."

Zamawiający podkreśli, że według jego oceny treść stosunku obligacyjnego pomiędzy Odwołującym a Zakładem Ubezpieczeń nie precyzuje, iż roszczenie z tytułu zapłaty wadium stanie się wymagalne w przypadku zaistnienia jednej ze wskazanych przesłanek, lecz traktuje wszystkie przesłanki kompleksowo, łącznie.

Izba odnosząc się do zaprezentowanego przez Zamawiającego stanowiska stwierdza, że wywodzone przez Zamawiającego skutki takiego zapisu warunków uruchomienia wadium, nie są zgodne z literalnym zapisem postanowień gwarancji.

Zamawiający zdaje się nie zauważać, że w treści gwarancji mamy wykazane zarówno warunki /przesłanki/ formalne jak i materialno prawne.

Przesłanki formalne, to wskazanie jakie działania winny być podjęte przez Zamawiającego /Beneficjenta gwarancji/, aby mogło nastąpić uruchomienie na jego rzecz kwoty wadium.

Do tych przesłanek formalnych, których łączne spełnienie stanowi swoiste wezwanie do zapłaty, należą ; wskazanie rachunku bankowego beneficjenta na które gwarant / wystawca gwarancji/ powinien przelać żądana kwotę wadium, oświadczenie beneficjenta poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta wadium, a ponadto informacja, że wezwanie to winno być podpisane przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu beneficjenta.

Natomiast wskazane w § 2 ust.2 pkt 1 i 2 przesłanki, odpowiadają przewidzianym w art. 46 ust. 4a i 5 przypadkom kiedy Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. Te przesłanki ustawowe wskazujące w jakiej sytuacji faktycznej, Zamawiający jest uprawniony do żądania wypłaty wadium nie są przesłankami formalnymi, a materialno prawnymi. Tym samym Zamawiający w sposób niewłaściwy zakwalifikował wszystkie przesłanki zawarte w gwarancji ubezpieczeniowej do przesłanek formalnych, tym samym dokonał błędnej oceny złożonej gwarancji ubezpieczeniowej.

Zdaniem Izby wskazać również należy, że wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie budzi wątpliwości Izby, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 p.z.p. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość

zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana.

Stwierdzić należy, że w przedmiotowej gwarancji wskazano w jakim postępowaniu wadium zostaje wniesione, z jej treści wprost wynika, iż gwarant zapłaci bezwarunkowo sumę gwarancyjną na pierwsze jakiegokolwiek żądanie Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadniania, o ile tylko Zamawiający stwierdzi iż zaszła jedna z okoliczności zatrzymania wadium wskazana w §2 ust.2 pkt 1 i 2 i odpowiadającym im przepisach ustawy Pzp. Tym samym przy tak sformułowanej treści gwarancji, gwarant nie będzie miał żadnym możliwości weryfikowania wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Odwołującego w pełni uzasadniała aby Zamawiający stwierdził, że wadium zostało prawidłowo wniesione, a postanowienia gwarancji w żaden sposób nie ograniczają jego prawa do skorzystania z wadium. Wynika to również pośrednio ze stanowiska Zamawiającego, który na rozprawie nie potrafił w sposób precyzyjny wskazać sytuacji, przy której zaistnieniu nie miałby możliwości skorzystania z wadium w oparciu o złożoną gwarancję ubezpieczeniową.

Tym samym zarzut ten zasługuje na uwzględnienie, co powoduje iż odpadła przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 pzp poprzez nie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Izba stwierdza, że niedopuszczalne jest uzupełnienie treści gwarancji wadium po terminie składania ofert, jak również wyjaśnianie jej treści. Gwarancja wadium nie jest bowiem ani oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie jest też pełnomocnictwem. Gwarancja wadium nie należy do kategorii dokumentów opisanych w art. 25 ust. 1 pzp, ani też nie jest częścią oferty, dlatego nie podlega wyjaśnianiu ani w trybie art. 26 ust. 4 pzp ani w trybie przewidzianym art. 87 ust. 1 pzp.

Tym samym zarzut ten niezależnie od okoliczności sprawy, jako niezgodny z przepisami ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony.

Odnośnie zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp poprzez zaniechania badania i oceny oferty Odwołującego, zdaniem Izby wskazać należy, że zarzut ten należy oceniać w kontekście decyzji Zamawiającego co do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. W sytuacji kiedy Zamawiający wykluczy wykonawcę z postępowania to z mocy prawa złożona oferta uznana jest za odrzuconą. Zamawiający nie bada takiej oferty w zakresie etapu końcowego, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej.

W trakcie procesu badania i oceny oferty można wyróżnić: wstępną ocenę ofert, podmiotową ocenę wykonawców, formalną (przedmiotową) ocenę ofert oraz końcową ocenę ofert, która kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej wraz z ustaleniem kolejności miejsc pozostałych ważnych ofert.

Wykluczenie wykonawcy następuje w drugim etapie postępowania o udzielenie zamówienia, polegającym na ocenie spełniania przez wykonawców warunków postawionych przez Zamawiającego. Konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania jest uznanie jego oferty za odrzuconą i tym samym oferta ta nie jest już badana pod kątem jej zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym oferta wykonawcy wykluczonego, uznana z tego powodu za odrzucona nie podlega ocenie końcowej zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej. Fakt ten jest skutkiem wykluczenia z postępowania i nie jest uzależniony od woli Zamawiającego.

Dlatego też Izba uznaje, że w tej sytuacji działania Zamawiającego były prawidłowe i podnoszony zarzut nie może być uwzględniony.

Zdaniem Izby zasadne jest również odniesienie się do faktu przywołania przez strony, a w szczególności Odwołującego, kilkudziesięciu tez z wyroków sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przytoczył wybrane fragmenty uzasadnień wyroków KIO zawierające generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności, w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych danego orzeczenia, nie sposób się nie zgodzić. Natomiast każdy z przywołanych wyroków został wydany w oparciu o odmienny stan faktyczny, co w sposób zdecydowany determinuje treść orzeczenia.

System prawa polskiego w tym również prawa zamówień publicznych nie przewiduje wiążącego stosowania precedensowych rozstrzygnięć. Każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć **istotny** wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – z ww. względów – miało miejsce w analizowanej sprawie, w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wskazując że tylko **Istotność wpływu** naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania, oznacza to że ustawodawca dopuszcza wystąpienie stosunkowo niewielkich odchyłeń od postanowień danego przepisu prawa. Istotność wpływu należy rozumieć jako doniosłość, ważność i dopuszczalność dokonanych naruszeń który stanowi pewien próg czy też granicę przy przekroczeniu której zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa oraz zasadami prawa zamówień publicznych.

Kwestię istotności wpływu naruszeń prawa na postępowanie o zamówienie Izba ocenia w każdym przypadku indywidualnie, odnosząc ją do wpływu danego naruszenia, na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący